

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

CAMILA MORETTO MARANGONI

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DO
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA NAS AÇÕES
RESCISÓRIAS PERTINENTES A LEI Nº 9.032/95**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

CAMILA MORETTO MARANGONI

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DO
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA NAS AÇÕES
RESCISÓRIAS PERTINENTES A LEI Nº 9.032/95**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no Curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Geralda Magella de Faria.

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

CAMILA MORETTO MARANGONI

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DO CONFLITO
NEGATIVO DE COMPETÊNCIA NAS AÇÕES RESCISÓRIAS PERTINENTES A
LEI Nº 9.032/95**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Constitucional, Processual Civil e Previdenciário.

Criciúma, 15 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Geralda Magella de Faria - UNESC – Orientadora

Prof.^a Sheila Martignago Saleh – UNESC - Examinadora

Prof. Fabrizio Guinzani – UNESC - Examinador

Dedico o presente trabalho a Deus, minha fonte de luz e fé; a toda a minha família, em especial a minha mãe, Celita, pessoa de garra e determinação e, ao meu pai, Wilson, que onde estiver, tenho a certeza de que estará sempre torcendo por mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me proporcionado a chegar aonde cheguei.

Ao meu namorado, Giuliano, pela paciência, incentivos, apoio incondicional e por estar sempre presente nos momentos em que mais precisei, ajudando-me, para que assim eu concluísse o presente trabalho.

À minha mãe, Celita, pelas motivações, estímulos, compreensão, pela dedicação que sempre teve comigo e por ter me proporcionado o ensino superior.

À minha irmã, Andressa, pela colaboração e estímulo para que eu finalizasse este trabalho.

Ao meu irmão, André, o qual tem muito carinho por mim, e ao meu padrasto, Valdemir, pelas motivações e apoio ao meu sucesso.

À professora Geralda, por ter me ajudado na escolha do tema deste trabalho e pela paciência, sabedoria e dedicação com que me passou as orientações.

Aos professores que tenho muito carinho, Fabrizio e Sheila, que aceitaram o convite de fazerem parte da banca.

Por fim, aos meus amigos e todos aqueles que torcem pelo meu sucesso e que de certa forma me deram forças para a conclusão deste trabalho.

**“A flor da democracia somente desabrocha
sadia, quando plantada em um jardim de
solo fortemente adubado com Justiça.”**

Luiz Felipe Siegert Schuch.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a aplicação e violação do princípio do acesso à justiça diante do conflito negativo de competência nas ações rescisórias pertinentes a Lei nº 9.032/95. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS tem ingressado com ações rescisórias com o fito de rescindir a decisão que revisa o coeficiente de cálculo do benefício de auxílio-acidente ao patamar de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-de-benefício, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95. No entanto, ao propor a ação rescisória perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, este se declarou incompetente para julgar tal ação, julgando extinto o feito sem julgamento de mérito e não o remetendo ao Tribunal competente, conforme preceitua o art. 113, § 2º, do CPC, tendo em vista este ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Diante disto, verifica-se um conflito de competência e à violação do acesso à justiça. Estudou-se a eficácia dos princípios, o princípio do acesso à justiça, sua origem e os conflitos decorrentes de sua violação. Observou-se a conceitualização e características da ação rescisória, bem como seus pressupostos, cabimento, legitimidade, prazo e competência. Foi também realizado uma análise acerca do benefício de auxílio-acidente e um resumo da matéria sobre a majoração do benefício acidentário desde a Lei nº 6.367/76 até a Lei nº 9.032/95. Por fim, estudou-se o conflito de competência perante os tribunais; o agravo regimental em ação rescisória, o qual decidiu pela extinção do mérito; a violação do acesso à justiça e a questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF. Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo. Também foi utilizada pesquisa teórica e qualitativa, baseada em doutrinas, legislações, sites oficiais. Concluiu-se então, que as decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça ao declarar incompetência e incabível a remessa dos autos ao STJ, respectivamente, gerou um conflito negativo de competência, bem como violou o acesso à justiça, uma vez que não foi proporcionado o devido julgamento da referida ação rescisória.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conflito de competência. Ação rescisória. Revisão do benefício de auxílio-acidente. Lei nº 9.032/95.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA – O REGIME E A APLICABILIDADE ...	12
2.1 Aspectos conceituais de princípios	12
2.1.1 Distinção entre princípios e regras	17
2.2 Eficácia dos princípios constitucionais e suas modalidades.....	19
2.3 Evolução do conceito teórico do acesso à justiça	23
2.4 Concepção e fundamentos do princípio do acesso à justiça.....	28
2.5 O princípio do acesso à justiça e os conflitos decorrentes de sua violação	31
3 AÇÃO RESCISÓRIA E A MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA.....	35
3.1 Conceitualização e características da ação rescisória	35
3.2 Pressupostos e cabimento	38
3.2.1 Da legitimidade.....	47
3.2.2 Do prazo.....	51
3.3 Da competência	52
3.4 Resumo da matéria acerca da majoração do benefício acidentário desde a Lei nº 6.367/76 até a Lei nº 9.032/95: aplicação da lei no tempo	54
4 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA NA MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	59
4.1 O conflito de competência inerente a organização judiciária.....	59
4.1.1 Jurisdição e competência	59
4.1.2 Da incompetência absoluta	60
4.1.3 Do conflito de competência	62
4.2 A majoração do percentual de benefícios acidentários: aspectos destacados na questão da competência	64
4.3 A jurisprudência: a matéria perante os tribunais	67
4.3.1 O controle da inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	70
4.4 A Questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF e a (não) violação do acesso à justiça.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82

REFERÊNCIAS.....85
ANEXO92

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como espoco a violação do princípio do acesso à justiça diante do conflito negativo de competência nas ações rescisórias pertinentes aos benefícios alterados a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95.

O princípio do acesso à justiça, entre outros, assegurados pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inc. XXXV, que em sua redação garante que a lei não eliminará da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, tem por função possibilitar que todos os cidadãos de forma indistinta possam intentar suas demandas perante o Judiciário.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, utilizando-se do artigo acima mencionado, ingressou com ação rescisória em face das decisões que alteraram o coeficiente de cálculo dos benefícios diante da alteração dada pela Lei nº 9.032/95, diante do entendimento de que os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente a época em que preenchidos os requisitos necessários a sua concessão.

Dessa forma, o INSS tem ingressado com ações rescisórias com o fito de rescindir a decisão que revisou o coeficiente de cálculo do auxílio-acidente ao patamar de 50% sobre o salário-de-benefício a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95. O INSS tem proposto a presente ação em face do Tribunal de Justiça de Santa Catarina por entender ser este o órgão competente para processar e julgar a ação rescisória, em virtude de este ser o prolator da última decisão de mérito proferida nos autos.

No entanto, o TJSC tem-se declarado, em algumas decisões, incompetente para processar e julgar a ação rescisória, uma vez que o julgamento a ser rescindido não é o proferido por ele. Diante disto, declarou extinto o feito sem julgamento de mérito e não remeteu os autos ao tribunal competente, pelo fato deste ser o entendimento advindo do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o órgão competente para julgar referida ação.

Sendo assim, diante do não recebimento das ações rescisórias pelos Tribunais será estudado acerca da ocorrência do conflito negativo de competência e da violação do acesso à justiça, princípio este garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Com a finalidade de analisar o conflito negativo de competência e a violação do acesso à justiça nas ações rescisórias referentes a majoração dada pela Lei nº 9.032/95, o trabalho será dividido em três capítulos.

No primeiro se analisará os aspectos conceituais de princípios, a distinção entre regras e princípios, eficácia dos princípios constitucionais e suas modalidades, a evolução do conceito teórico do acesso à justiça, o princípio do acesso à justiça e os conflitos decorrentes de sua violação.

Já no segundo capítulo, estudar-se-á a conceitualização e características da ação rescisória, seus pressupostos e cabimento, sua competência, prazo e os legitimados para sua propositura. Também se verá a matéria presente na ação rescisória, isto é, a majoração do benefício acidentário desde a Lei nº 6.367/76 até a Lei nº 9.032/95, bem como a aplicação da lei no tempo.

Por fim, através de doutrina, legislação e jurisprudência, será observado no terceiro capítulo o conflito de competência inerente a organização judiciária, a competência para julgar a ação rescisória referentes a majoração do percentual de benefícios acidentários, as decisões do TJSC e do STJ acerca do tema, a questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF e a violação do acesso à justiça.

Na realização do presente trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a técnica de pesquisa teórica e qualitativa, baseada em doutrinas, legislação, sites oficiais e decisões do TJSC, STJ e STF.

Diante disto, pretende-se a realização de um estudo acerca do conflito negativo de competência entre os órgãos jurisdicionais e da violação do acesso à justiça, este previsto e garantido a todos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA – O REGIME E A APLICABILIDADE

Visando a análise do princípio do acesso à justiça na perspectiva de sua aplicabilidade, é importante ressaltar, primeiramente, acerca da conceituação de princípios, a distinção entre princípios e regras e a sua eficácia jurídica, para depois adentrar no contexto do princípio do acesso à justiça propriamente dito.

2.1 Aspectos conceituais de princípios

Quanto ao conceito de princípios, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 49), definem que estes são regulamentos que espalham e imanam os sistemas de normas, são “núcleos de condensações” que convergem valores e bens constitucionais. Os princípios que iniciam como base de normas jurídicas podem estar positivamente reunidos, convertendo-se em normas-princípios e estabelecendo preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios são venerados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico, sendo que a essa adoração não sejam reunidos elementos que aceitem melhor entendê-los e aplicá-los (ÁVILA, 2009, p. 24).

Humberto Ávila (2009, p. 78), conceitua os princípios como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Já para Manoel Messias Peixinho (2000, p. 101), princípio é o início e o embasamento de um processo qualquer, no momento em que a definição dos dois termos, o fundamento e o princípio estão severamente relacionados.

Observa-se que as transformações por que passam os princípios decorrem do reconhecimento da normatividade feitas pelas doutrinas mais modernas. Os princípios deram um salto dos Códigos para as Constituições, os quais antes serviam de complementação as normas e agora são considerados

fundamentos de toda a ordem jurídica, na categoria de princípios constitucionais (BONAVIDES, 2006, p. 289).

Logo, os princípios fundamentais possuem grande relevância e importância perante todo o ordenamento jurídico, pois servem de base, bem como de indicadores ligados a aplicação da norma, buscando assim uma clara orientação para o seu respectivo aplicador.

Portanto, os princípios por estarem no ponto mais alto da escala normativa e, sendo eles considerados normas, se tornaram normas supremas do ordenamento. Os princípios desde a sua constitucionalização vêm servindo de pautas ou critérios para a estimativa dos demais teores normativos, que conforme dito anteriormente, por estarem previstos na Lei Maior, são eles rodeados de grande relevância e prestígio. Devido a essa relevância os princípios se transformam em norma das normas (BONAVIDES, 2006, p. 289/290).

A Corte Constitucional italiana, em uma das suas primeiras sentenças, considerou os princípios do ordenamento jurídico como aquelas orientações e diretrizes de caracteres gerais e fundamentais, as quais se podem deduzir das ligações sistemáticas, da coordenação e da racionalidade das normas, que estabelecem em um determinado momento histórico no tecido do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2006, p. 256/257).

Ricardo Guastini (apud BONAVIDES, 2006, p. 257), reuniu, através de jurisprudência e de vários juristas, seis conceitos distintos de princípios, todos ligados as colocações normativas. Anotam-se tais conceitos:

Primeiramente narra Guastini (apud BONAVIDES, 2006, p. 257) que o “princípio” diz respeito a normas que dispõem de um alto grau de generalidade.

Em segundo lugar, menciona que os juristas utilizam da palavra “princípio” para referirem-se as normas que dispõem de um alto grau de indeterminação, sendo que precisam de uma concretização, por via interpretativa, para que sejam possíveis de aplicação aos casos concretos (GUASTINI apud BONAVIDES, 2006, p. 257).

Em terceiro lugar, os juristas usam o vocábulo “princípio” para dizer respeito às normas de caráter “programático” (GUASTINI apud BONAVIDES, 2006, p. 257).

Também relata Guastini (apud BONAVIDES, 2006, p. 258), em quarto lugar, que os juristas utilizam do vocábulo “princípio” para referirem-se a normas que na hierarquia das fontes do direito tem uma situação elevada.

Já em quinto lugar, diz que os juristas usam do vocábulo “princípio” para referirem a normas que cumpram uma função “importante” e “fundamental” no sistema político ou jurídico unitariamente ou num subsistema jurídico conjunto (GUASTINI apud BONAVIDES, 2006, p. 258).

Por fim, em sexto lugar, Guastini (apud BONAVIDES, 2006, p. 258) esclarece que os juristas se utilizam da expressão “princípio” para indicarem normas direcionadas aos órgãos de aplicação, os quais têm por função fazer a escolha da norma ou dispositivo nos variados casos.

Salienta-se, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira a prever um título próprio acerca dos princípios fundamentais, estabelecidos na parte inaugural do texto, ou seja, antes dos direitos fundamentais e depois do preâmbulo (SARLET, 1998, p. 99).

Dessa forma, o constituinte, ao estabelecer os princípios fundamentais, teve a clara intenção de dar-lhes a função de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, bem como dos direitos fundamentais, os quais também fazem parte do núcleo essencial da Constituição material (SARLET, 1998, p. 99).

Portanto, a primeira Constituição Federal que constituiu um título próprio acerca dos princípios fundamentais foi a de 1988, os quais podem ser localizados no início da Lei Maior, após a sua introdução.

Percebe-se então, que o legislador, ao introduzir os princípios fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, teve o intuito de dar-lhes o papel de normas que se valessem de embasamento e informação a toda a ordem constitucional.

Ainda, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente junto ao seu artigo 5º, no qual é dedicado aos deveres individuais e coletivos, encontramos a maior concentração de princípios gerais, o que acarreta mera ratificação inerente a equiparação doutrinária que com frequência se faz entre direitos e princípios fundamentais (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

Segundo José Afonso da Silva (2008, p. 95), os princípios gerais se cruzam com os princípios fundamentais, pois os segundos pode ser positivamente dos primeiros.

Agora, cumpre observar a conceituação de princípios fundamentais, os quais estão previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 66) que os princípios fundamentais têm como objetivo conceituar e caracterizar os Estados e a coletividade política, como também especificar as opções político-constitucionais. Os princípios manifestam a sua importância principal no contexto da Constituição e fazem notar que os artigos que os contêm estabelecem a síntese ou matriz das demais normas constitucionais.

Os princípios fundamentais possuem a importante função de interagir com os princípios constitucionais de maneira geral, eis que estes são especificidades daqueles, mesmo diante de sua não integração junto ao núcleo de decisões políticas que amoldam o Estado. Com tal afirmação, tratamos de um menor grau de abstração tornando-se assim, mais simples determinar e especificar o núcleo em que tais princípios trabalham como efetivas regras (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

Devido a estas razões, os referidos princípios atuam de maneira coerente relativo a tutela direta e imediata inerente as relações jurídicas que venham a ser contempladas. Uma vez tratando-se de princípios constitucionais, logo se pode adotar o entendimento de que estes são desdobramentos dos princípios/direitos fundamentais, uma vez que possuem respaldo por toda a ordem jurídica constitucional (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

Os princípios constitucionais fundamentais integram o Direito Constitucional Positivo, manifestando-se em normas fundamentais, normas sínteses ou normas matrizes, as quais são normas que conservam as decisões políticas fundamentais realizadas no documento constitucional pelo legislador constituinte. Já quanto aos princípios gerais do Direito Constitucional, estes fazem parte de uma teoria geral do Direito Constitucional, sendo que abrangem conceitos gerais, relações e objetos, os quais podem ser estudados na dogmática jurídico-constitucional (SILVA, 2008, p. 95).

Mesmo diante de um vasto ordenamento jurídico, no qual estão inseridos inúmeros dispositivos legais, ainda ocorre a necessidade de se aplicar os princípios

juntamente com as normas, visando a máxima efetividade e condicionamento da lei por meio da ponderação inerente aos princípios, uma vez que estes possuem a importante função de auxiliar o aplicador da norma a escolher a melhor solução para cada caso individualmente, partindo-se da premissa que os princípios possuem grande importância assim como as normas.

No conceito de Peixinho (2000, p. 112), os princípios constitucionais fundamentais são aqueles que estão na mais alta colocação da escala normativa. Os princípios previstos nas Constituições de modo geral, estão intimamente ligados com a cultura, costumes e demais valores presentes na sociedade, de modo a orientar os legisladores na elaboração e ponderação das normas, bem como preencher as lacunas existentes, usando dos costumes e tradições para alcançar à justiça e conseqüentemente a solução dos casos concretos, formando assim, a materialização do núcleo constitucional.

Dentre os princípios fundamentais constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é de tamanha relevância citar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inc. III, da CRFB/88, eis que este está presente tanto na esfera das relações públicas como também na esfera privada, que veio a se tornar um princípio de grande relevância e importância, no qual enfatizou um centro axiológico relativo a concepção de um Estado democrático de direito e de uma ordem a nível mundial, na qual está intimamente ligada e regulada pelos direitos fundamentais (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

Quanto às funções dos princípios fundamentais, existem três tipos: fundamentadora, interpretativa e supletiva. Rodrigo César Rebello Pinho (2008, p. 60) as conceitua da seguinte maneira:

Pela função fundamentadora, estabelecem as regras básicas, as diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais. Possuem eficácia derogatória e diretiva. Com a função interpretativa, permitem o alcance da verdadeira finalidade da lei no momento de sua aplicação. Pela função supletiva, a tradicional, realizam a tarefa de integração do ordenamento jurídico. Esta última função é a prevista no art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

No mesmo sentido, Ruy Manoel Espíndola (1998, p. 67) dispõe que os princípios ao realizarem a função fundamentadora da ordem jurídica, exibem uma eficácia derogatória e diretiva; na função interpretativa, os princípios orientam nas

soluções jurídicas realizadas pelo intérprete; e por intervenção da função supletiva, suplementam as lacunas deixadas pelas leis.

Há de se notar, portanto, a importância dos princípios no nosso sistema jurídico, sendo estes considerados de extrema importância.

2.1.1 Distinção entre princípios e regras

Para se entender a objetividade dos princípios, se faz imprescindível destacar a diferença entre regras e princípios. A distinção entre ambos está intimamente ligada ao critério de generalidade (BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 10).

As regras possuem um caráter mais objetivo, incidindo especial e restritamente as situações específicas às quais se destinam. No que tange aos princípios, estes possuem maior teor de separação e incidem diante da pluralidade de situações. Em nosso ordenamento jurídico, inexistente hierarquia entre as referidas categorias, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição, porém, o referido princípio não impede que regras e princípios cumpram funções distintas dentro do ordenamento (BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 10).

Como visto anteriormente, tanto as regras como os princípios são normas, por isto ambos se estabelecem através da ajuda de expressões deônticas fundamentais, tais como: mandamento, permissão e proibição (ALEXY, 1993, p. 83).

Mesmo tendo em conta a semelhança e dependência entre princípios e regras, se faz necessário expor as suas diferenças.

Apesar de ambas caminharem juntas, é importante ter em mente que as regras em geral caracterizam-se pela objetividade, ou seja, a lei é clara, logo basta ser devidamente aplicada ao caso em concreto. Porém, em determinadas situações, se faz necessário recorrer aos princípios, uma vez que estes possuem um caráter subjetivo, pois apesar de existirem não se encontram devidamente positivados nos textos legais, sendo que são essenciais para orientar o aplicador da norma a solucionar uma situação fática.

Há vários critérios acerca da distinção entre regras e princípios, porém, o mais freqüente é o da generalidade. Diante disto, os princípios possuem um alto

grau de generalidade relativa, já as regras possuem grau baixo de generalidade relativa, ao passo que ambos são normas. Dessa forma, é possível utilizar do critério da generalidade para classificar as normas, sendo que algumas são princípios e outras são regras (ALEXY, 1993, p. 83).

Robert Alexy (1993, p. 85/86) apresenta três teses acerca da distinção das regras e princípios, através dos critérios acima citados. A primeira tese diz que nenhum daqueles critérios unilaterais servem para estabelecer tal distinção. Ele entende que o objeto deverá ser posto nas excessivas homogeneidades e heterogeneidades, semelhanças e dessemelhanças, na parte interior da classe das normas e não na divisão de duas classes. A segunda tese é representada por aqueles que admitem que as normas se dividam em regras e princípios, no entanto, avalia que a distinção se faz de forma gradual. Por fim a terceira e última tese, a qual ele considera ser a correta, prega que entre os princípios e regras não prevalece unicamente a distinção de grau, mas também a de qualidade. Esta tese unicamente executa uma distinção estrita entre as normas.

Cabe ressaltar, que os critérios frequentemente aplicados para a distinção dos princípios são: o do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação, do relacionamento normativo e por fim, o do fundamento axiológico. A partir de então, se verá justificadamente cada critério, começando primeiramente pelo do caráter hipotético-condicional.

O critério do caráter hipotético-condicional se baseia no fato de que as regras já possuem uma hipótese e uma consequência que determinam antecipadamente a decisão, sendo aplicadas aos devidos casos, já os princípios aconselham os fundamentos que os aplicadores da lei devem adotar para futuramente encontrarem a regra que será utilizada no caso concreto (ÁVILA, 2009, p. 39).

O critério do modo final de aplicação sustenta que as regras são aplicadas de maneira absoluta, ou seja, tudo ou nada, e os princípios são aplicados de forma gradual (mais ou menos) (ÁVILA, 2009, p. 39).

Quanto ao critério do relacionamento normativo, percebe-se que a solução dos conflitos entre regras se dará através da declaração de invalidade de umas das regras ou com a concepção de uma exceção, ao passo que a antinomia entre os princípios são solucionadas mediante a ponderação que confere uma dimensão de peso a cada um deles (ÁVILA, 2009, p. 39).

Por fim, o critério do fundamento axiológico dispõe que os princípios, adversos das regras, são como embasamentos axiológicos para a decisão a ser adotada (ÁVILA, 2009, p. 39).

Já os critérios de distinção utilizados por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1160) são: grau de abstração, sendo que os princípios possuem um grau de abstração mais elevado do que os das regras; grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, tendo em vista que as regras têm aplicação imediata, enquanto os princípios são vagos e indeterminados, por isto não possuem aplicação direta; caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, onde os princípios por estarem numa posição hierárquica possuem uma função fundamental no ordenamento jurídico; proximidade da idéia de direito, uma vez que os princípios seriam padrões consolidados conforme os ideais da justiça e as regras expõem diretrizes meramente funcionais; natureza normogenética, sendo que os princípios são os fundamentos das regras.

Ante a diferenciação de ambos os institutos, não pairam dúvidas de que as normas possuem um caráter mais fechado, ou seja, possuem diversas subdivisões buscando adequar cada dispositivo legal a uma situação concreta entre as mais variadas divisões e possíveis situações previstas em legislações.

Ainda cumpre salientar, que todos esses critérios de distinção entre princípios e regras são de extrema importância, pois assinalam qualidades merecedoras de serem analisadas pela Ciência do Direito (ÁVILA, 2009, p. 39).

De outro modo, porém em coerência, os princípios possuem uma “personalidade” mais genérica, ou seja, um princípio pode servir como base para diversas situações, buscando assim a combinação com a lei para então possuir uma maior eficácia, logo, conclui-se que ambos são diferentes, porém, necessários para um lícito e regular andamento do Direito.

2.2 Eficácia dos princípios constitucionais e suas modalidades

Nesse tópico se examinará a eficácia dos princípios constitucionais e suas modalidades. Primeiramente compete caracterizar eficácia, a qual é um atributo ligado às normas e consiste na consequência jurídica decorrente de sua

observância, podendo ser cobrada judicialmente, caso seja necessário (BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 36).

Partindo-se da premissa de que uma norma gera eficácia quando produz seus efeitos, logo, entende-se que o mesmo ocorre com relação aos princípios.

Portanto, denomina-se eficácia os efeitos gerados pela norma, através de sua ocorrência. O conceito de eficácia supõe o de vigor de uma lei, o qual só irá ocorrer caso aconteça algum fato descrito em seu contexto, que é a capacidade de surtir efeitos (CUNHA, 2006, p. 197).

Quando se fala em eficácia, esta faz parte da incidência de uma norma e, ao se tratar de efetividade, esta refere-se a aplicação da norma (CUNHA, 2006, p. 197).

A eficácia dos princípios está relacionada com o modo como desempenham sua função. Há de ressaltar que quando se fala de eficácia jurídica dos princípios, pensa-se logo em algo semelhante com a eficácia jurídica das normas, ou seja, na determinação de obrigações ou na formação de direitos subjetivos. Porém há uma diferença entre a eficácia dos princípios e a eficácia das normas (CUNHA, 2006, p. 199).

A eficácia relativa aos princípios está intimamente ligada com a maneira em que é desempenhada determinada função, diferente das normas, que possuem eficácia com a sua simples aplicabilidade em um litígio comum, logo, constata-se que entre normas e princípios, apesar da harmonia e semelhança entre ambas, também possuem suas diferenças.

Diante disto, podem-se indicar algumas diferenças como: o efeito da norma, ao contrário dos princípios, está disposto no enunciado; a eficácia da norma é suspensa ou passiva, uma vez que sua ocorrência depende da concretização de um fato, já os princípios não dependem; quando se fala em princípios, estes se tratam de força e não de vigência. Portanto, os princípios, ao contrário da norma, são preceitos que não dependem de um fato para sua incidência, existem mesmo sem um enunciado e não apontam para seus efeitos (CUNHA, 2006, p. 200).

Observa-se então, que a eficácia jurídica dos princípios constitucionais é um fenômeno relativamente recente se comparado com as regras. A doutrina tem se preocupado em ampliar a capacidade normativa dos princípios e para isto vem se utilizando de dois movimentos: a) aplica aos princípios, com as devidas adequações, as modalidades de eficácia utilizadas na regras (eficácia direta, positiva ou

simétrica); b) desenvolvem outras modalidades de eficácia aos princípios amoldadas as suas características (BARROSO/BARCELLOS, 2010, p. 361).

No que tange às modalidades de eficácia de princípios, estas possuem inerência em relação ao modo em que tais princípios serão devidamente aplicados, ou seja, um princípio poderá ser aplicado de maneira benéfica, interpretativa e até negativa. Por isso, a afirmação de que os princípios possuem generalidade, diferente das leis, que gozam de um caráter mais específico.

As modalidades que serão tratadas a seguir são: eficácia direta (positiva ou simétrica), eficácia interpretativa, eficácia negativa e eficácia da vedação do retrocesso.

Quanto à eficácia direta dos direitos fundamentais está inserida sobre a realidade tendo como viés à semelhança que ocorre entre os princípios e as regras. Tal semelhança ou igualdade decorre da equiparação de um fato concreto diante da proposição jurídica inserida nele. Em outras palavras, um princípio constitucional terá por função orientar o legislador na elaboração de uma regra, como um meio de fundamento para a concretização e licitude da norma (BARROSO, 2009, p. 318/319).

Já a eficácia interpretativa nos princípios possui uma aplicação bastante vasta, em virtude da indeterminação de seus efeitos e da variedade de circunstâncias às quais o princípio pode ser empregado ou em relação às quais ele deverá funcionar como vetor interpretativo. Quando se trata dos princípios constitucionais fica mais claro ainda, pois além de possuírem essas características, gozam da superioridade hierárquica. Em decorrência da eficácia interpretativa, as disposições infraconstitucionais, ou ainda as constitucionais, deverão interpretar de maneira mais ampla possível o princípio que rege a matéria (BARCELLOS, 2008, p. 107).

Quando se fala em eficácia interpretativa, entende-se por aquela, que ao dar significado e obtenção às normas jurídicas em geral, levam em conta os valores e fins contidos nos princípios constitucionais. Assim, pode-se perceber que os princípios são como indicadores da atividade do intérprete, especialmente quando a aplicação de uma norma jurídica admite mais de uma possibilidade interpretativa (BARROSO, 2009, p. 319).

Portanto, resumindo-se, os princípios constitucionais nessa modalidade de eficácia têm por função nortear a interpretação das normas constitucionais e

infraconstitucionais, para que assim o intérprete da lei se utilize da exegese que melhor se enquadre com o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente ao caso (BARROSO, 2009, p. 319).

A eficácia negativa funciona como uma forma de contenção, pois impossibilita que determinados atos, editados comandos e normas sejam praticados em desacordo com as finalidades dos princípios (BARCELLOS, 2008, p. 107).

Essa eficácia provoca a interrupção de qualquer norma ou ato jurídico que vá de encontro com o princípio constitucional em questão. Dessa contrariedade poderá ocorrer a inconstitucionalidade de uma lei, com a sua não incidência no caso real (BARROSO, 2009, p. 320).

Um princípio poderá ter a função de auxiliar na interpretação de uma norma, entendendo o seu real objetivo e como deverá ser aplicada; ponderação, quando ocorre certo conflito de normas no qual o aplicador deverá escolher apenas uma para então fazer valer o direito de um cidadão e até mesmo negativa, de maneira a conter determinados atos que estão sendo aplicados de maneira incoerente com suas reais finalidades.

Por fim, quanto à eficácia da vedação do retrocesso, ainda há algumas controvérsias acerca de seu próprio sentido. Em relação ao retrocesso de normas, entende que esta teve sua origem ligada aos princípios constitucionais, mais precisamente, relativos aos princípios que definem os fins materiais em conexão com os direitos fundamentais, uma vez que cuja consecução, se faz imprescindível a edição de norma com caráter infraconstitucional (BARCELLOS, 2008, p. 108).

A questão do infraconstitucionalismo se torna importante, tendo em conta que tal disposição irá preencher o vazio de um caminho sem rumo a um caminho capaz de levar o princípio ao seu fim pretendido que é o efetivo exercício da normatividade no âmbito social. Em relação a vedação constitucional, é possível afirmar que esta tem por pretensão, prevenir a ação por parte do legislador no sentido de tornar o referido caminho obscuro, no qual já produz sua devida normatividade, sem produzir alternativa alguma com fins de conduzir ao objetivo em tela (BARCELLOS, 2008, p. 108).

2.3 Evolução do conceito teórico do acesso à justiça

Desde a Antiguidade Clássica os assuntos relacionados com acesso à justiça estão presentes, mesmo que de forma muito limitada. O tema do acesso à justiça nesse período se restringia a garantia de defensores aos pobres, conforme se verá a seguir.

Em Atenas, durante a antiguidade clássica, eram constituídos cerca de 10 advogados para fazerem a defesa dos despossuídos, e em Roma o Estado se encarregava de oferecer advogados àquelas pessoas que não possuíam meios para constituir patrono (CESAR, 2002, p. 52).

O Imperador de Roma, Constantino (288-377 A.C), disponibilizou em lei que o Estado deveria oferecer assistência judiciária àquele que não tivesse condições de custeá-la, com o fito de haver um equilíbrio na relação processual. Essa lei, anos mais tarde, foi congregada ao Código de Justiniano (483-565) (LIMA FILHO, 2003, p. 111).

Na Idade Média, Alexandre Cesar (2002, p. 53) afirma que, movidos pela beneficência presente na doutrina cristã, muitos países conservaram sistemas de assistência aos pobres. Aos advogados eram conferidos o dever de defesa sem que houvesse a cobrança de honorários, e aos juízes o de apreciar a lide, sem cobrança de custas.

Na França do século XIII, no reinado de Luiz IX (1214-1378), foi assentado “o patrocínio gratuito aos desafortunados”. Já Carlos IV (1316-1378) no século seguinte, ordenou que todos os advogados e procuradores amparassem, gratuitamente, com seus ministérios, os pobres que tivessem processos na sede dos Tribunais (MORAES, 1984, p. 65).

Durante o mesmo século, em 1477, os Estados Sardinha (Sardenha, Piemonte, Sabóia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova), estabeleceram uma organização oficial de prestação de assistência judiciária, a qual foi regulamentada por Amadeu VIII. Essa organização determinava que junto a cada jurisdição, um advogado e um procurador habilitado legalmente aos pobres, defendessem e fiscalizassem as prisões, os quais eram pagos pelo Estado e considerados como funcionários públicos (CESAR, 2002, p. 53).

Porém, foi a França quem em 1851, ao publicar o *Code de L'Assistance Judiciaire*, transmitiu o termo aos demais ordenamentos jurídicos. No entanto, o sistema de assistência era insuficiente e ineficiente, pois quem na maioria das vezes prestava esses serviços eram advogados particulares, os quais realizavam a assistência de forma caridosa. Portanto, houve o reconhecimento do direito ao acesso à justiça, porém não foi designado nenhum instrumento que garantisse efetivamente esse acesso (CESAR, 2002, p. 55).

O princípio do acesso à justiça, entre os séculos XVIII e XIX, poderia ser definido como o direito formal inerente ao indivíduo de propor ou defender-se em uma ação. Neste ponto, o Estado permanecia no pólo passivo, tendo por obrigação, nada mais do que não permitir que os referidos direitos fossem infringidos por outrem (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

O real acesso à justiça foi sendo conquistado ao longo dos anos de um modo significativo para a sociedade.

Atualmente, se analisarmos toda a trajetória, nas quais diversas gerações se depararam, para então resguardar o direito de ação, bem como o direito de defesa, nota-se a grande dificuldade vivenciada no decorrer dos anos até os dias atuais.

Tal princípio tinha por limitação, restringir seu efetivo acesso aos que de fato poderiam arcar com os seus respectivos custos, uma vez que não se tratava de responsabilidade do Estado em arcar com as referidas custas, razão pela qual, a maioria da população não tinha o efetivo acesso à justiça, em função da desigualdade entre os povos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

No mesmo sentido preleciona Alexandre Cesar (2002, p. 55), dispondo que os indivíduos possuíam apenas formalmente o direito ao acesso à justiça. Como a maioria dos bens incluídos no sistema *laissez-faire, laissez-passez*, somente as pessoas que podiam arcar com a custa de uma demanda poderiam utilizar a Justiça.

Do momento em que as sociedades do *laissez-faire* começaram a crescer em tamanho e complexidade, os direitos humanos sofreram uma transformação radical. A partir dos novos direitos humanos, os quais passaram a constar de maneira expressa no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, o caráter coletivo assumiu posição acima do individual. A justiça passou a ser um direito acessível a todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

Quando se fala em acesso à justiça, logo, liga-se a presente afirmação ao lado financeiro. Em uma sociedade muitas vezes injusta e desigual na qual vivemos, nem sempre é possível garantir o direito de todos. A Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 5º e seguintes, no qual resguardam os princípios, direitos e garantias fundamentais, apesar de justo e perfeito, nem sempre possui a normatividade que o legislador prevê para regular as situações no dia a dia.

Portanto, com o crescimento das sociedades capitalistas o individualismo perde força e surgem reivindicações coletivas de novos direitos, os quais eram denominados “novos direitos humanos” (CESAR, 2002, p. 57).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31) afirmam que o interesse pelo acesso efetivo a justiça levou a três posições básicas, consideravelmente nos países do mundo Ocidental. Esses posicionamentos surgiram, mais ou menos, em sequência cronológica, no início de 1965. A primeira solução para o acesso à justiça foi a assistência judiciária para o pobres (primeira “onda”); a segunda “onda” falava a respeito das reformas propensas a oferecer representação jurídica para os interesses “difusos”, principalmente na área dos direitos ambientais e do consumidor e a terceira solução (terceira “onda”) seria o enfoque de acesso à justiça, sendo a mais recente solução.

Entre essas soluções, torna-se importante ressaltar a prestação de serviços jurídicos aos pobres (primeira “onda”), uma vez que alcançado o direito de acesso à justiça, este ainda encontrava-se pendente de representação do indivíduo por um advogado, para assim produzir a sua eficácia, sendo que os pobres não dispunham de recursos para utilizarem desses serviços. Portanto, os métodos para oferecer acesso à justiça àqueles que não podem pagar são vitais. Até muito recentemente a assistência judiciária de grande maioria dos países eram inadequados, pois os advogados, principalmente os mais experientes e altamente competentes, davam mais prioridade de seu tempo ao trabalho remunerado do que o de assistência judiciária gratuita. Diante disto, a Alemanha iniciou um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que ministrassem assistência judiciária. Na Inglaterra a reforma começou pelo Estatuto de 1949, criando a associação dos advogados, como também ocorreu a reforma em demais países (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32/33).

Já a Holanda, em 1956, e a França, em 1972, também praticaram mudanças em seus ordenamentos jurídicos através da lei acerca da *aide judiciaire*.

Essas modificações tinham por objetivo garantir assistência judiciária aos necessitados. Os Estados Unidos, em 1965, realizam um importante desenvolvimento com relação à assistência, através da *War on Poverty* (luta contra a pobreza), que ocorreu no governo do Presidente Johnson (CESAR, 2002, p. 58).

No entanto, foi a partir da década de sessenta que a procura pelo eficaz acesso à justiça tornou um movimento global. As reformas para o efetivo acesso à justiça realizaram-se através de dois sistemas básicos: o *Judicare* e a remuneração de advogados pelos cofres públicos (CESAR, 2002, p. 59).

Se todas as normas e princípios fossem devidamente respeitados pelos cidadãos em sociedade, não seria necessário o acesso à justiça, pois não haveriam litígios e conseqüentemente não haveriam demandas judiciais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 35) caracterizam o sistema *Judicare* como:

[...] um sistema através do qual a Assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe.

A segunda reforma (segunda “onda”) está ligada com a representação dos interesses difusos, uma vez que o processo era visto como nada mais do que um assunto entre duas pessoas, porém, neste caso necessitava-se de uma representação adequada para agir em prol da coletividade, sendo que o tradicional processo civil não deixava brechas para a proteção dos direitos difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49/50).

Essa reforma buscou resolver a representação dos interesses difusos, coletivos e individuais de mesma natureza, os quais a eficácia está afetada pela falta de um aparato procedimental e de uma nova visão do processo que os faça valer (CESAR, 2002, p. 62).

A solução para a segunda “onda” tem se dado através da ampliação da legitimação passiva e também pela procura de uma alteração de conceitos básicos do processo civil, tais como a coisa julgada e a citação (CESAR, 2002, p. 62).

O movimento pela tutela dos direitos difusos vai além dos interesses das classes mais baixas até os interesses jurídicos das classes médias, sendo que os

direitos difusos são de interesse de grupos sociais, os quais carecem de organização ou estão protegidos por direitos sociais, cuja titularidade individual é problemática (SANTOS, 1994, p. 172).

A questão do acesso à justiça, este, apesar de ser um direito de todos, muitas vezes é violado por falta de informação e principalmente condições financeiras para arcar com o andamento processual.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, ocorre a possibilidade de o litigante ser isento de despesas e demais custas processuais, porém, nem sempre é assim, devido a um preconceito por parte das classes economicamente carentes em ingressar ao judiciário devido a associação da justiça com o lado financeiro.

Os direitos difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, obrigaram a reflexão acerca das tradições básicas do processo civil e sobre a função dos tribunais. As regras acerca da legitimidade, as normas de procedimento e o exercício dos juízes não tornavam fácil as ações por interesses difusos propostas por particulares. As regras de legitimação ativa, as decisões dos tribunais e as mudanças legislativas estão cada vez mais possibilitando que os indivíduos ou grupos atuem em prol dos interesses difusos. Já quanto a proteção dos interesses difusos, tornou necessária uma mudança do papel do juiz, como também a transformação de conceitos básicos, tais como a “citação” e o “direito de ser ouvido” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

A terceira posição (terceira “onda”) relativa ao direito de acesso à justiça está ligada com a representação em juízo, tendo em conta uma concepção mais ampla do efetivo acesso à justiça, incluindo-se nesse molde a advocacia extrajudicial ou judicial, seja por intermédio de advogados particulares ou públicos. Sua atenção está focada no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos usados para processar e para evitar disputas nas sociedades modernas. A terceira “onda” não tem por objetivo abandonar as técnicas das duas primeiras ondas, mas de abordá-las como algumas das probabilidades de aperfeiçoar o acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67/68).

Essa “onda” apresenta uma grande disparidade de reformas, tais como: alterações na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais; modificações das formas de procedimento; a utilização de pessoas leigas; mudanças no direito substantivo com o fim de evitar lides ou ajudar em sua solução e para solucionar os litígios e; o uso de mecanismos privados ou informais (ALVIM, 2010).

Tal movimento de característica emergente de acesso à justiça advém dos movimentos que também eram destinados a tornar por efetivos os direitos de indivíduos ou grupos que, por um longo prazo temporal, se encontraram privados dos benefícios de uma justiça de forma isonômica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Nem todos são iguais, e muitas vezes para que a isonomia seja resguardada, torna-se imprescindível tratar de maneira diferente os desiguais, visando assim equilibrar as relações entre partes desiguais em inúmeros fatores, buscando assegurar a igualdade entre as partes nas demandas judiciais e o mais importante, a garantia de justiça diante de um direito lesado.

2.4 Concepção e fundamentos do princípio do acesso à justiça

Até recentemente, entende-se por acesso à justiça, o mero acesso do cidadão aos Tribunais. Em uma nação, na qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, resguarda a intenção de instituir um efetivo Estado Democrático de Direito, no qual se destina a resguardar o efetivo exercício dos direitos de maneira a eleger a justiça como um dos valores primordiais de uma sociedade, não se pode deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional (ALMEIDA, 2010).

Ao se analisar o ordenamento jurídico, percebe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se no topo da verticalidade presente nas relações entre Estado e cidadão. Vale dizer que a Constituição Federal de 1988 é resguardada pela supremacia, de modo a estabelecer um respeito e observância aos princípios e regras nela expressos. A Carta Magna é quem valida as normas infraconstitucionais, pois situa em seu contexto o modo pelo qual as demais normas serão produzidas. Ela é hierarquicamente superior às demais leis e atos normativos e sendo estes incompatíveis com norma superior não terão lugar no sistema jurídico, pois serão inconstitucionais (NALINI, 1997, p. 37).

Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos serão iguais perante a lei sem qualquer meio de distinção. Diante de tal afirmação e com base na Lei Maior, que possui total supremacia perante as demais

leis presentes no ordenamento jurídico atual, constata-se que o acesso à justiça é um meio fundamental pelo qual uma pessoa poderá solucionar um conflito ligado à outrem, dentro de um prazo célere e com garantias de imparcialidade do magistrado, buscando evitar um favorecimento injusto para as partes que compõem um determinado litígio.

A concepção de acesso à justiça está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

[...]. (BRASIL, 2011-A).

O direito de acesso aos tribunais resulta fundamentalmente na solução jurídica de um conflito entre partes, sendo que essa solução deve ser realizada dentro de um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência. Deve também, ser disponibilizado o contraditório, para que assim as partes possam fazer provas a seu favor (CANOTILHO, 2003, p. 433).

No mesmo sentido entende Teori Albino Zavascki (1997, p. 32), que a eficácia do acesso à justiça pela jurisdição constitucional consiste na prerrogativa da sociedade em recorrer as vias judiciárias para fazer valer o seu direito, de modo a provocar a atuação do Estado no sentido de efetivar a justiça em cada caso concreto, obtendo um prazo compatível e uma tramitação célere, de maneira a descentralizar a eficácia nos mais variados atos decorrentes da atuação estatal, tendo a pretensão de assim obter uma atuação razoável e coerente perante a sociedade.

Joel Dias Figueira Júnior (1994, p. 30), crê que além da normativa constitucional e da principiológica do acesso à justiça, faz-se importante a existência no que tange aos mecanismos da efetividade do processo, torna-se de relevante importância expor a existência de mecanismos que visam gerar eficácia no processo, cuja realização se dá por meio de instrumentos que viabilizam a consecução dos objetivos do autor, dentro de um prazo temporal razoável e harmônico relativo à medida satisfatória do objetivo almejado.

Portanto, os direitos e garantias relativas ao devido acesso à justiça, tem o propósito de gerar a respectiva eficácia perante a sociedade, em outras palavras, efetivar tal eficácia em todos os âmbitos do direito, com fins de assegurar um pleno acesso do povo as vias judiciárias como também ir além, de maneira a alcançar um resultado justo e coerente, bem como meios razoáveis para o alcance de tal objetivação (CICHOKI NETO, 2000, p.78).

Também compete transcrever o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) acerca da expressão “acesso à justiça”:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

No entanto, deve-se observar que o princípio constitucional que assegura o devido acesso à justiça não se delimita apenas do mero acesso ao judiciário e suas demais instituições, mas sim a toda uma ordem de valores inerente aos direitos fundamentais em relevância para o ser humano (CESAR, 2002, p. 49).

Desse modo, a justiça pode ser considerada como um requisito fundamental para os direitos humanos, pois somente assim o sujeito alcançará o direito de requerer o que lhe é garantido pelas vias judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Tal princípio possui o propósito de assegurar os direitos dos cidadãos, visando produzir eficácia perante toda a sociedade, ou seja, em todas as divisões fáticas do direito com fins de resguardar a justiça.

Entende Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 283) que o acesso à justiça é buscar, na proporção da razão de cada um, situações e bens da vida que de outra maneira não conseguiria obter, ou seja, acesso à justiça é mais do que o fato de ingressar com um processo e utilizar-se dos meios que ele oferece.

O acesso à justiça também deve ser assistido como instrumento político, como movimento de mudanças, ou ainda como uma nova maneira de gerar o jurídico (CESAR, 2002, p. 51).

O “acesso” não é somente um direito social fundamental, mas é também o ponto central da moderna processualística (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

2.5 O princípio do acesso à justiça e os conflitos decorrentes de sua violação

Conforme já mencionado no presente trabalho, o princípio em questão é um direito de todos, logo, a violação de tal instituto seria afrontar os preceitos e fundamentos legais presentes em nossa Constituição Federal.

Acerca da violação dos princípios fundamentais, Rodrigo César Rebello Pinho (2008, p. 61) afirma que estando os princípios constitucionais previstos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a norma infraconstitucional que violar estes princípios, estejam eles previstos de forma expressa ou subentendida, será inconstitucional e, sendo assim, deverá ser retirada do ordenamento jurídico. Violar uma norma legal que contenha um princípio é mais grave do que, muitas vezes, violar um dispositivo legal específico, haja vista que a violação de uma norma legal que contém um princípio afronta a regra fundamental informadora de todo um sistema jurídico.

Muitas vezes, com base nos mais variados fatores e motivos, o referido princípio acaba por ser violado.

Entre os possíveis fatores ocasionadores da violação ao presente princípio, podemos citar a sobrecarga de demandas perante o Poder Judiciário e a complexidade das mesmas.

Desde a primeira Constituição Federal, até a atual, todas expressaram o princípio da garantia à via judiciária. Tal enunciação, não tinha o propósito de atribuir a concepção de mera gratuidade universal no acesso aos tribunais, mas sim, a universalidade de que a via judiciária estaria franqueada para resguardar e defender todo e qualquer direito, tanto em relação a particulares, como também contra o poder público, independente da capacidade econômica de cada um que participasse da lide (ALMEIDA, 2010).

A referida concepção, embora ainda seja dominante, já não é satisfatória. A primeira vista pode se parecer ilusória a garantia do devido acesso ao Judiciário, mesmo diante de tantos obstáculos que se antepõem ao foro (ALMEIDA, 2010).

Ainda, inerente aos direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente relativo ao princípio do acesso à

justiça, é possível afirmar, que este, encontra-se revestido por um artifício de linguagem que modifica a expressão do pensamento, mais conhecido como um viés retórico (ALMEIDA, 2010).

Um grande exemplo da eficácia retórica presente nos princípios constitucionais é o caso do cidadão comum ingressar perante os tribunais, submetendo-se a um longo prazo temporal almejando a solução do seu litígio, obtendo assim a efetiva justiça, ou não. É nessa longa trajetória processual, que a parte lesada no processo deverá, de fato, arcar muitas vezes com elevados custos a fim de dar prosseguimento ao andamento do feito com fins de alcançar a solução judicial para o seu conflito (ALMEIDA, 2010).

Com relação aos obstáculos ao efetivo acesso à justiça esclarece Francisco Chagas Lima Filho (2003, p. 292):

O Poder Judiciário encontra-se em crise sobretudo porque tem se apresentado congestionado, lento, inacessível, dogmatizado e, muitas vezes, não se tem feito merecedor da confiança da população, especialmente dos carentes, o que tem contribuído de forma decisiva para, com o passar do tempo, tornar inútil todo o sistema judicial, bem como os fins perseguidos, quais sejam, a distribuição da justiça.

No que tange ao acesso à justiça são tantas as dificuldades enfrentadas desde os primórdios até os dias atuais para a obtenção da prestação jurisdicional, que no Brasil, são poucos que conseguem o efetivo acesso as vias judiciais, razão pela qual, são considerados privilegiados os que conseguem obter uma solução oportuna e definitiva da lide (ALMEIDA, 2010).

A prestação jurisdicional, que é o objetivo final de qualquer demanda judicial, encontra-se dependente de diversos fatores que leva o litigante ao fim almejado, logo, tais fatores são imprescindíveis para a celeridade e coerência. Outro grande fator que impossibilita a obtenção da referida prestação é a desigualdade econômica entre as partes, ou seja, nem todos possuem condições mínimas e necessárias de arcar com um andamento processual do início ao fim, logo, o não reconhecimento do direito e a lentidão por parte do Judiciário para a resolução dos conflitos, não são justificativas absolutas para a violação do referido princípio.

O Poder Judiciário encontra-se imputado a atender uma faixa cada vez mais estrita da coletividade. Os que não possuem condições para então acionar o referido poder encontram-se diante de portas fechadas para a obtenção da justiça e

seus direitos, enquanto os que possuem condições financeiras para arcar com as custas não se curvam à lentidão dos processos convencionais, ocasionando a falta de confiança do povo em relação à justiça (ALMEIDA, 2010).

As restrições relativas ao acesso à justiça presentes no Brasil atualmente, não possuem ligação com a questão problemática da assistência judiciária inerente aos necessitados, na qual representa a primeira dimensão de acesso, muito menos a defesa relativa aos interesses coletivos, nomeadamente os interesses difusos, delimitadora da segunda dimensão, mas sim, a disposição judiciária, a inconveniência dos processos e seus respectivos procedimentos, e, simplesmente, a onda que se relativiza ao *right to appeal*, com fins de entendimento a ansiedade relativa à área recursal do jurisdicionado brasileiro (ALVIM, 2010).

Devido a grande demora relativa a tramitação dos processos judiciais, decorrem desta, os elevados custos para proceder a sua efetiva continuidade. Devido à ampliação do lapso temporal, decorre ainda, a inflação da moeda, bem como as chamadas custas suplementares, que incidem sobre as execuções decorrentes do julgado de modo a elevar o ônus judicial, sobre as partes, de maneira a dilatar a razoável duração do processo e em consequência o seu ressarcimento com o fim do litígio (SILVEIRA, 2010).

Nesse viés, que se relativiza ao extenso aguardo processual, no qual gera novos gastos para a causa em questão, sem previsão de término e retorno financeiro devido as suas efetivas despesas com fins de dar prosseguimento ao feito, tornam-se prejudicados os que não pertencem a uma classe financeira razoável, ou em outras palavras, aos economicamente “fracos”, uma vez que nem sempre dispõem de recursos financeiros para arcar com os custos diretos ou indiretos do processo, que na maioria dos casos, abandonam suas causas ou são forçados de certa forma a concordarem com acordos impostos pelos mais “fortes” financeiramente, tendo por base muitas vezes, valores subalternos aqueles em que uma decisão judicial lhes concederia (SILVEIRA, 2010).

O devido acesso à justiça está ligado a uma série de critérios, que se não forem devidamente cumpridos, tornam impossível o acesso à justiça, que não é apenas um simples protocolo de uma petição no judiciário, mas sim, obter a prestação jurisdicional por parte deste em que seja capaz de amparar lesões sofridas por uma das partes por intermédio do Estado.

Por fim, partindo da premissa de que o Estado de Direito se converteu em direito do Estado, ou seja, o Poder Judiciário servindo o Estado, uma premissa de certa forma revolucionária, visa-se expor que o maior demandante de ações judiciais, nas quais sufocam o Poder Judiciário, é de fato o próprio Estado. Acerca de tal afogamento por parte do Poder Judiciário, adotava-se a cultura do repasse, no qual o Judiciário repassava aos outros poderes as suas devidas responsabilidades e competências diante das deficiências em que estava submetido (ALMEIDA, 2010).

Tal prática encontra-se hoje superada, devendo os membros do Judiciário arcar com suas devidas obrigações e, na impossibilidade de arcarem com o alto número de demandas judiciais, buscarem elevar a sua capacidade de solucionar os conflitos, nos quais se depara de modo a buscar alternativas para um amplo e efetivo acesso à justiça (ALMEIDA, 2010).

Assim, o grande problema, presente entre os cidadãos que buscam o efetivo acesso à justiça, são: a desigualdade financeira, o não reconhecimento do direito e a lentidão das demandas submetidas ao Poder Judiciário (ALMEIDA, 2010).

O problema do acesso à justiça não pode ser apenas estudado nos limites dos órgãos judiciais existentes, pois não se discute somente a possibilidade do acesso à justiça, enquanto instituição estatal, mas também tornar viável o acesso a ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128).

Conclui-se então, que as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos para a obtenção do efetivo acesso à justiça são, de modo geral, a demora no processamento e julgamento dos processos, a desigualdade financeira e o não reconhecimento do direito perante o Judiciário.

3 AÇÃO RESCISÓRIA E A MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

O presente capítulo tem por objetivo discorrer acerca da ação rescisória, bem como a ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a fim de rescindir as sentenças que revisaram o coeficiente de cálculo do benefício de auxílio-acidente para o percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-de-benefício a partir da entrada da Lei nº 9.032, de 28/04/1995 (BRASIL, 2011-B). Além disso, serão estudadas as mudanças ocorridas no auxílio-acidente desde a Lei nº 6.367/76 (BRASIL, 2011-C) até a Lei nº 9.032/95 (BRASIL, 2011-B), bem como suas características.

3.1 Conceitualização e características da ação rescisória

Antes mesmo de adentrar na questão da ação rescisória, cumpre-se analisar a coisa julgada.

A coisa julgada tem por objetivo fazer com que a sentença de mérito proferida seja inalterável ou indiscutível a partir de sua preclusão no processo. O legislador optou pela coisa julgada com o fito de garantir a segurança das relações sociais sobre a chamada “justiça material” (MARINONI; ARENHART, 2008, p.663).

No entanto, há situações em que não discutir uma decisão judicial, por meio de coisa julgada, seria muito injusto e ofensivo aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Diante disto, o ordenamento jurídico instituiu instrumentos destinados a superar a coisa julgada, ou seja, permitiu a revisão da sentença transitada em julgado (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 663).

Sendo assim, a coisa julgada visa garantir que a sentença de mérito proferida nos autos seja inalterada ou indiscutível a partir do seu trânsito em julgado, ou seja, ela garante a chamada justiça material. No entanto, nem sempre uma decisão judicial transitada em julgada é justa, podendo vir a ofender os princípios que regem o nosso ordenamento jurídico, tais como: acesso à justiça, inafastabilidade, segurança jurídica. Pensando nisso, o legislador para suprir essa

injustiça instituiu a ação rescisória, utilizada como meio de reapreciação de uma decisão já transitada em julgado.

A origem da ação rescisória está ligada nos traços da *querela nullitatis* italiana e da *restitutio in integrum* romana. A primeira teve origem das cidades italianas do século XIV e versava em um meio específico para anular a sentença pronunciada com *errores in procedendo*. A *querela nullitatis* surgiu como consequência do entendimento germânico de *validade formal* da sentença, característica da ação rescisória. Já a segunda, surgiu do direito romano e era empregada com o fim de assentar as partes nas mesmas posições que ocupavam antes de a sentença ser pronunciada. A *restitutio in integrum* era utilizada nos casos em que a sentença proferida se baseava em falsos testemunhos ou provas forjadas, ou quando novos fatos ou recentemente descobertos fossem suficientes para modificar a decisão prolatada (KEMMERICH, 2006, p. 11).

A ação rescisória é considerada uma ação, que tem por objetivo desconstituir uma decisão de mérito transita em julgado e, caso seja imprescindível, seja confeccionada uma nova decisão (KEMMERICH, 2006, p. 11).

No mesmo sentido preleciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 723) quando afirma que a rescisória tem natureza jurídica de ação, ou seja, ela é um meio de impugnação de decisão de mérito, a qual se desenrola em processo distinto daquele no qual a decisão questionada foi proferida. A ação rescisória é cabível somente após o trânsito em julgado, o que ocorre quando esgotado os recursos cabíveis contra a decisão ou quando o recurso não foi devidamente interposto. Ela é uma ação autônoma de impugnação, que visa desconstituir decisões que tenham originado coisa julgada material.

Para Zaiden Geraige Neto (2010, p. 39) a ação rescisória é: “[...] um meio de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado, com análise do mérito, cujo rito processual está previsto nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil”.

Como dito anteriormente, a sentença de mérito é passível de desconstituição por meio da ação rescisória. Salienta-se que o termo “sentença” deve ser entendido em sentido amplo, incluindo, dessa forma, todas as decisões jurisdicionais de mérito, o que facilmente incluiu o acórdão, a decisão monocrática final do relator e, até mesmo, a decisão interlocutória (NEVES, 2010, p. 725).

Conclui-se então, que a ação rescisória é uma ação constitutiva, sendo que as hipóteses de cabimento são taxativas e que tem por finalidade desconstituir uma sentença. No entanto, apesar do art. 485 do Código de Processo Civil prever o termo sentença, cabe ação rescisória de todas as decisões, tais como: acórdãos, decisão singular, sentenças e também de decisões interlocutórias.

Cumprе ressaltar, que o acórdão que julga a rescisória tem natureza constitutiva negativa ao desconstituir decisão anterior, podendo ter natureza declaratória, quando a julga improcedente, como também pode ter outra natureza, caso realize novo julgamento da causa (KEMMERICH, 2006, p. 12).

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS tem ingressado com ação rescisória a fim de rescindir acórdãos/decisões que revisaram o coeficiente de cálculo do benefício de auxílio-acidente para o percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-de-benefício, a partir da entrada da Lei nº 9.032, de 28/04/1995, por ser esta lei mais benéfica ao segurado (BRASIL, 2009-D).

Sua alegação foi de que a sentença que majora o benefício de auxílio-acidente ao patamar de 50% (cinquenta por cento) viola algumas normas tais como: o art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988¹; o art. 195, § 5º, da CRFB/1988²; o art. 6º, § 1º, da Lei 6.367/1976³ e; o art. 86, § 1º, da Lei 8.213/1991, com a redação firmada pela Lei 9.032/1995⁴ (BRASIL, 2009-D).

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]. (BRASIL, 2011-A).

² Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] § 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. [...]. (BRASIL, 2011-A).

³ Art. 6º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício de atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente. § 1º O auxílio-acidente, mensal, vitalício e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de previdência social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do Art. 5º desta lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo. [...]. (BRASIL, 2011-C).

⁴ Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional. § 1º O auxílio-acidente mensal e vitalício corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do segurado. [...]. (BRASIL, 2011-B).

Dessa forma, pretende o INSS, que a decisão que julgou a revisão do benefício de auxílio-acidente ao patamar de 50% (cinquenta por cento), seja rescindida, por entender que tal decisão violou literal disposição de lei. Este foi o cabimento arrolado na peça inicial de ação rescisória ajuizada pelo INSS contra as decisões de revisão do coeficiente de cálculo do auxílio-acidente.

Portanto, pode-se concluir que a ação rescisória é destinada a obter a anulação da coisa julgada constituída através de uma decisão. Através dela é permitido a revisão do julgamento, tendo esta ação finalidade de desconstituir a força da coisa julgada, uma vez que, transitada em julgado a decisão, presume-se esta válida e eficaz até prova em contrário (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 663).

3.2 Pressupostos e cabimento

Conforme dito anteriormente, a ação rescisória é aquela que desconstitui o mérito das sentenças transitadas em julgado, as quais apresentam vícios que estão discriminados no artigo 485 do Código de Processo Civil, ou seja, as hipóteses de cabimento da ação rescisória. São elas:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

(BRASIL, 2011-E).

O artigo acima citado prevê os vícios de rescindibilidade, sendo esse rol taxativo, inadmitindo ação rescisória fundada em outro vício, senão o previsto em tal dispositivo legal (NEVES, 2010, p. 726).

Dessa forma, não será aceito qualquer outro cabimento da ação rescisória a não serem os elencados no artigo acima citado, por se tratar de rol taxativo, ou seja, o cabimento deverá se fundar em um dos incisos previsto no art. 485 do CPC.

A hipótese de cabimento da ação rescisória utilizada pelo INSS é a prevista no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, no sentido de que é cabível a ação rescisória nos casos em que a sentença de mérito transitada em julgado viola literal disposição de lei (BRASIL, 2009-D).

Sendo assim, será feita uma análise de cada hipótese de cabimento da ação rescisória.

Previsto no artigo 485, inciso I, do CPC, a prevaricação, concussão, corrupção passiva do juiz constituem tipos penais contidos, respectivamente, nos artigos 319, 316 e 317, todos do Código Penal.

Estes atos ilícitos estão relacionados com o servidor público, mas especificamente, neste caso, com o juiz, e não podem ser cancelados pela incidência da coisa julgada (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 664).

A prevaricação (art. 319 do CP)⁵ é aquela em que o juiz deixa de praticar algum ato de ofício, ou ainda pratica ato contrário ao disposto na lei, em favor de seu interesse ou sentimento pessoal. A concussão (art. 316 do CP)⁶ está vinculada a cobrança de vantagem indevida pelo magistrado em razão de suas funções, ou seja, neste caso o juiz exige, para praticar o ato, uma vantagem, podendo ela ser pecuniária ou não. Por último, tem-se a corrupção passiva (art. 317 do CP)⁷, que seria a requerimento ou recebimento, pelo juiz, de vantagem ilícita ou a aceitação quanto à promessa de recebê-la. Nota-se, que na corrupção, o juiz limita-se a solicitar ou receber vantagem indevida ou ainda aceitar a promessa de recebê-la, o

⁵ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (BRASIL, 2011-F).

⁶ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. (BRASIL, 2011-F).

⁷ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (BRASIL, 2011-F).

que se difere da concussão, onde o magistrado exige a vantagem ilícita (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 664).

Dessa forma, a prevaricação ocorre quando o juiz, em seu próprio interesse ou sentimento pessoal, delonga ou deixa de exercer ato de ofício ou ainda comete ato diverso do previsto em dispositivo legal. Na concussão o magistrado exige vantagem indevida para si, para praticar um ato. E por fim, a corrupção passiva é aquela em que o juiz aceita ou recebe vantagem indevida ou aceita a promessa de recebê-la.

O juiz, praticando os tipos penais acima mencionados, além de estar cometendo um delito também está prejudicando a seriedade da prestação jurisdicional. Desse modo, evidenciado o cometimento de um dos delitos acima, autoriza-se a revisão da decisão prolatada através de ação rescisória (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 664).

Cumprе ressaltar, que para ocorrer a revisão da decisão, basta que o delito praticado pelo juiz tenha sido provado apenas na rescisória e não necessariamente em um processo penal (KEMMERICH, 2006, p. 69).

No mesmo sentido, refere-se Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 726):

Apesar dos atos ilícitos previstos no dispositivo legal, não se exige prévia condenação penal ou mesmo a preexistência de processo criminal a respeito da conduta do juiz. Significa dizer que o reconhecimento do crime pode ser feito originariamente, e de forma incidental, no juízo cível competente para o julgamento da ação rescisória.

Ademais, quando se tratar de decisão colegiada (acórdão), basta que apenas um dos membros tenha cometido o crime e que seu voto tenha tido alguma influência no resultado da decisão proferida (KEMMERICH, 2006, p. 69).

Portanto, o juiz praticando um dos delitos acima, estará prejudicando a seriedade do processo judicial, pois sua decisão estará sendo influenciada. Dessa forma, ocorrendo um dos crimes acima mencionados no processo, fica permitido o ingresso da ação rescisória por se tratar de umas das hipóteses previstas pelo legislador.

Impedimento ou incompetência absoluta do juiz (art. 485, inc. II, do CPC) diz respeito à ausência de capacidade subjetiva ou objetiva absoluta do juiz.

Estando o juiz impedido (134 do CPC)⁸ ou absolutamente incompetente (art. 113 do CPC)⁹ para operar no processo, estará, através de sua participação, violando o ordenamento estatal, sendo que o resultado da tutela jurisdicional será inútil (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 664).

Deve-se atentar que apenas a incompetência absoluta e o impedimento geram a possibilidade da propositura da ação rescisória, pois a incompetência relativa e a suspensão do juiz são remediadas pela coisa julgada (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 664).

Logo, essa hipótese de cabimento será apenas nos casos de incompetência absoluta e de impedimento, não sendo aplicada à incompetência relativa e a suspensão do juiz, pois estas são supridas através da coisa julgada, conforme dito anteriormente.

É tamanha a importância da incompetência absoluta e do impedimento do juiz, que estes devem ser declarados de ofício (KEMMERICH, 2006, p. 70).

Anota-se, que a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente e que tenha sido posteriormente substituída por um acórdão em apelação julgada por Tribunal competente, não é oportuna a propositura da ação rescisória (NEVES, 2010, p. 727).

No entanto, é cabível ação rescisória ainda que o impedimento do juiz e a incompetência absoluta tenham sido arrazoadas e decididas no processo originário (NEVES, 2010, p. 728).

Dessa forma, a ação rescisória não será cabível caso a sentença produzida por juízo absolutamente incompetente venha a ser depois substituída por um acórdão em apelação apreciado por tribunal competente.

⁸ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. (BRASIL, 2011-E).

⁹ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. (BRASIL, 2011-E).

Por fim, quando ocorrer o impedimento do juiz a ação rescisória ainda será possível, caso o impedimento já tiver sido discutido e decidido no processo de origem.

Quanto à existência de dolo da parte vencedora em relação à vencida, ou colusão entre as partes, no intuito de fraudar a lei (art. 485, inc. III, do CPC).

Nota-se, que a lei visa impedir que as partes se sirvam do processo para fins ilícitos, conforme estabelecido pelo artigo 129 do CPC¹⁰ (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 664).

No entanto, pode incidir a ocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida durante o processo, ou seja, a parte vencedora pode ter obstaculizado a participação da parte vencida, impedindo a produção de provas e suas argumentações, ou também levando o juiz, de forma dolosa, a interpretar o fato litigioso contrário ao da parte vencida (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 665).

Cumprido advertir, que para que ocorra à rescisão da decisão será imperioso que a postura de má-fé tenha partido da parte vencedora e que esta tenha conquistado a vitória no processo através do ato doloso (KEMMERICH, 2006, p. 70).

Quanto à colusão, esta busca fraudar a lei através de um acordo de vontade das partes, ou seja, as partes procuram obter algo que legalmente não é admitido. Neste caso, o juiz deverá extinguir o processo assim que perceber o intento das partes, porém, se já tiver ocorrido o trânsito em julgado da decisão, cabe ao Ministério Público a propositura da ação rescisória (KEMMERICH, 2006, p. 70).

Deste modo, é possível perceber a diferença entre a ocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida e a colusão entre as partes. Na colusão há um acordo precedente entre as partes com a finalidade de fraudar a lei, já no dolo, a parte vencedora obstaculiza a participação da parte vencida.

Já quando ocorrer a ofensa à coisa julgada, esta poderá ser rescindida, conforme preconiza o art. 485, inc. IV, do CPC. Um processo novo que venha ser proposto com ação idêntica a outro que já tenha ocorrido a coisa julgada deveria ser extinto, de ofício ou por provocação de qualquer interessado. No entanto, caso o segundo processo não tenha sido extinto e também tenha transitado em julgado, a

¹⁰ Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes. (BRASIL, 2011-E).

segunda decisão, apesar de viciada, impera sobre a primeira e poderá ser rescindida no prazo de dois anos (KEMMERICH, 2006, p. 71).

Ou seja, quando ocorrer duas decisões e estas tiverem transitado em julgado com questões idênticas, a decisão que transitou por último poder ser desconstituída através da ação rescisória (NEVES, 2010, p. 728).

Deve-se observar que a desconstituição independe do conteúdo da segunda decisão (NEVES, 2010, p. 728).

Pode-se concluir então, que havendo duas ações idênticas e transitadas em julgado caberá ação rescisória em face da última decisão proferida independentemente do seu conteúdo.

A violação de literal dispositivo de lei (art. 485, inc. V, do CPC) tem como fundamento o erro grosseiro do magistrado ao aplicar a lei ao caso concreto, sopesando-se que a decisão que infringir literal dispositivo de lei pode ser desconstituída (NEVE, 2010, p. 729).

Sendo assim, “viola literal dispositivo de lei a sentença que contraria texto legal de qualquer hierarquia (Lei Ordinária, Lei Complementar, Constituição, etc.), desde que, obviamente, não esteja autorizada por norma superior.” (KEMMERICH, 2006, p. 71).

Quanto ao termo *lei* tem-se considerado sua interpretação em sentido amplo. Compreende-se o termo *lei*, como normas de direito material e processual, constitucionais e infraconstitucionais, nacionais e estrangeiras e até mesmo os princípios não escritos (NEVES, 2010, p. 729).

Já quanto às decisões proferidas contra jurisprudência e súmula, correta a lição que expõe não ser cabível sua rescisão, porém, tratando-se de súmula vinculante do STF, caberá ação rescisória (NEVES, 2010, p. 729).

Sendo assim, cabe ação rescisória da sentença que violar normas de direito material e processual, constitucionais e infraconstitucionais, nacionais e estrangeiras, como também de princípios não escritos, pois o termo lei deve ser interpretado em sentido amplo.

No entanto, não é qualquer violação da lei que enseja a propositura da ação rescisória, devendo no momento da aplicação da lei, por meio de decisão judicial, não haver interpretação controvertida nos tribunais (NEVES, 2010, p. 729).

Nesse sentido dispõe a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão*

rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” (BRASIL, 2011-G).

Contudo, pacificado o entendimento (STF, RE 328.812 AgR/AM)¹¹ de que não se aplica a Súmula 343 do STF quando houver interpretação controvertida em relação à norma constitucional na data da apreciação da ação rescisória (KEMMERICH, 2006, p. 71).

Apronta-se então, que a ofensa a literal dispositivo de lei não deve possuir interpretação controvertida no momento da aplicação da lei na decisão proferida. No entanto, se a interpretação controvertida tratar-se de norma constitucional o entendimento versa pela não aplicação da súmula.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS alega em sua petição que o presente caso não se trata de questão interpretativa constitucional divergente, e sim, de violação da regra constitucional. Afirma também, ser inaplicável a Súmula 343 do STF ao caso, pois se trata de matéria constitucional que abrange relações jurídicas de Direito Público de cunho indisponível (BRASIL, 2009-D).

Quanto à rescisão da decisão decorrente de prova falsa (art. 485, inc. VI, do CPC), o magistrado ao se basear em prova falsa para chegar a uma conclusão dos fatos está sendo induzido em erro (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 666).

Todavia, a decisão baseada em prova falsa poderá ser rescindida desde que tenha sido ela o fundamento principal da decisão. No entanto, se existirem outros fundamentos hábeis para manter a decisão, mesmo com a existência da prova falsa, não é possível a propositura da ação rescisória (NEVES, 2010, p. 730).

Na mesma acepção Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 666) dispõem que caso a sentença possa ser conservada no seu resultado, ainda que tenha sido constituída através de prova reconhecida como falsa, não caberá a desconstituição da decisão transitada em julgado.

¹¹ EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (BRASIL, 2001-H).

A prova falsa poderá ser reconhecida na própria ação rescisória ou em outro processo civil ou criminal, contando que a parte que venha sofrer os efeitos da prova falsa tenha participado dos demais processos em contraditório (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 667).

Destarte, o juiz tendo se baseado em prova falsa ao proferir uma decisão e tendo sido esta essencial para seu convencimento, caberá ação rescisória. Porém, se a prova falsa, a qual ensejou a decisão que se pretende desconstituir, não tenha sido fundamento principal da decisão, não será admitida a ação rescisória.

Com relação ao documento novo (art. 485, inc. VII, do CPC), entende-se por aquele que já existia na ocasião da sentença, mas que somente foi possível sua descoberta ou aquisição, após o trânsito em julgado (KEMMERICH, 2006, p. 72).

Trata-se de obtenção de novo documento o qual antes era ignorado pelo autor da ação rescisória ou até mesmo por não ter sido utilizado por motivo alheio a sua vontade. Atenta-se, que o documento novo não pode ser confundido com documento produzido posteriormente, pois o novo documento deve existir no momento em que a decisão, que se pretende desconstituir, foi prolatada (NEVES, 2010, p. 731).

Ademais, o novo documento deve, por si só, ser capaz de provocar um resultado benéfico ao autor da ação rescisória (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 667).

Sendo assim, deve interpretar documento novo como aquele que já existia no momento da prolação da sentença, porém era desconhecido pelo autor ou até mesmo foi utilizado por circunstâncias alheias a sua vontade.

O fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença está previsto no art. 485, inc. VIII, do CPC.

Primeiramente, cumpre analisar a expressão *desistência* disposta no referido inciso, o qual não se encontra correta, pois nesse caso a sentença seria terminativa sem resolução de mérito (art. 267, inc. VIII, do CPC)¹² (NEVES, 2010, p. 732).

Portanto, quando se falar em *desistência* está se referindo a *renúncia ao direito*, pois, como dito anteriormente, a desistência levará a extinção do processo sem julgamento de mérito, sendo que no presente caso não caberia ação rescisória

¹² Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VIII - quando o autor desistir da ação; [...] (BRASIL, 2011- E).

da decisão (KEMMERICH, 2006, p. 73). Além disso, entende-se que deve ser incluído no dispositivo legal, o reconhecimento jurídico do pedido (NEVES, 2010, p. 732).

Com relação à confissão, caberá ação rescisória quando a confissão tiver sido fundamental para a decisão e tenha transitado em julgado. Não tendo ocorrido ainda o trânsito em julgado, caberá ação anulatória da decisão, conforme preconiza o art. 352, incs. I e II, do CPC¹³ (NEVES, 2010, p. 733).

Ou seja, com relação a confissão, ocorrendo o trânsito em julgado caberá ação rescisória e não a anulatória, caberá ação anulatória. Dessa forma, pode-se dizer que tendo sido a confissão fundamento essencial para a prolação da decisão, o que decidirá qual será a ação cabível, será o trânsito em julgado da decisão.

No entanto, há uma polêmica acerca das decisões homologatórias de reconhecimento jurídico do pedido, renúncia e transação. A questão é: se as partes devem impugnar a decisão já transitada em julgado através de ação rescisória (art. 485, inc. VIII, do CPC) ou de ação anulatória (art. 486 do CPC)¹⁴.

Uma parte da doutrina entende que nos casos de vícios no negócio jurídico homologado, embora exista uma decisão homologatória transitada em julgado, cabe ação anulatória. Já a ação rescisória seria possível nos casos em que ocorressem vícios na própria sentença homologatória e não no negócio jurídico homologado (NEVES, 2010, p. 733).

Outra corrente doutrinária acredita que a sentença que rejeita ou acolhe a renúncia, transação ou o reconhecimento do pedido pode ser rescindida. No entanto, caberia ação anulatória se a sentença apenas homologasse ato da (s) parte (s) (NEVES, 2010, p. 733).

Por fim, uma última corrente doutrinária entende que o meio para impugnar a decisão dependerá do trânsito em julgado, isto é, havendo o trânsito em julgado caberá ação rescisória e não havendo caberá ação anulatória (NEVES, 2010, p. 733).

¹³ Art. 352. A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada: I - por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; II - por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento. Parágrafo único. Cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata este artigo; mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros. (BRASIL, 2011-E)

¹⁴ Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. (BRASIL, 2011-E)

Dessa forma, percebe-se então que existem três correntes doutrinárias acerca do reconhecimento jurídico do pedido, renúncia e transação. Cabe mencionar então, o entendimento do doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 733), que afirma ser a última corrente o melhor entendimento, pois *“ainda que se reconheça nas falsas sentenças de mérito a solução da lide pelo juiz, é inegável que após o trânsito em julgado verifica-se a coisa julgada material, que só pode ser afastada pela excepcional via da ação rescisória”*.

Cumprido frisar, que os debates supracitados referem-se à jurisdição contenciosa, pois quando for jurisdição voluntária sempre ocorrerá à ação anulatória. (NEVES, 2010, p. 733)

Quanto ao erro de fato (art. 485, inc. IX, §§ 1º e 2º do CPC), este ocorre quando uma sentença aceita um fato inexistente ou quando ela considera inexistente um fato que realmente tenha ocorrido. (NEVES, 2010, p. 733).

Para que seja admissível a ação rescisória, neste caso, são necessários alguns requisitos: que a sentença tenha sido baseada em erro de fato, ou seja, que se não fosse o erro de fato a decisão do magistrado teria sido diferente; que o referido erro possa ser apurado independentemente de novas provas na ação rescisória; que sobre o fato não tenha existido controvérsia e que não tenha havido pronunciamento judicial acerca do fato (NEVES, 2010, p. 734).

Para concluir, o erro de fato acontece quando uma decisão considera um fato que existiu inexistente ou quando ela acolhe um fato realmente inexistente.

Deste modo, apresentadas todas as hipóteses de cabimento da ação rescisória, as quais são taxativas, será visto, a seguir, os sujeitos que detêm legitimidade para a propositura da ação rescisória.

3.2.1 Da legitimidade

O artigo 487 do CPC prevê quem possui legitimidade para propor a ação rescisória:

Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;

b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei. (BRASIL, 2011-E)

Logo, tem legitimidade ativa para propor a ação rescisória todas as partes que participaram do processo originário, como o autor, o réu, terceiros intervenientes e até mesmo o assistente. Cumpre destacar, que pouco importa a forma que se deu a participação desses sujeitos no processo originário, ou seja, o réu revel tem legitimidade para propor a ação rescisória, mesmo que não tenha efetivamente participado do processo, bem como os terceiros intervenientes que não tenham se manifestado durante o trâmite processual (NEVES, 2010, p. 734).

No mesmo norte, podem ajuizar a ação rescisória, segundo Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso (2008, p. 230):

Podem ajuizar a rescisória as partes, o terceiro juridicamente interessado (assistente) e o Ministério Público, quando tiver sido parte ou na qualidade de fiscal da lei, se não foi ouvido no processo em que sua intervenção era obrigatória ou se a sentença for decorrente de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei.

Com respeito ao inciso I, do art. 487, do CPC, podem ter sido partes no processo: o autor, réu, assistente litisconsorcial, oponente, nomeado à autoria, chamado ao processo e o Ministério Público. No entanto, para terem legitimidade ativa devem ter ingressado no processo e adquirido decisão de mérito (KEMMERICH, 2006, p. 42).

A sucessão *inter vivos* ou *causa mortis* faz com que os sucessores ou herdeiros tornem-se legítimos para ingressar com a ação rescisória. A sucessão pode ter decorrido antes ou depois do fim do processo originário, desde que a sucessão processual não tenha ocorrido naquele processo, pois nesse caso os herdeiros e sucessores já terão legitimidade ativa para a propositura da ação. Outra particularidade está ligada ao artigo 352, parágrafo único, do CPC, o qual diz que somente o confitente tem legitimidade para propor a ação rescisória fundada em confissão viciada por erro, dolo ou coação, ficando aos herdeiros, a legitimidade para darem continuidade a ação já começada pelo confitente. Sendo assim, neste

caso os herdeiros só possuem legitimidade ativa superveniente (NEVES, 2010, p. 735).

O terceiro juridicamente prejudicado trata-se daquele que tem uma relação jurídica com uma das partes ou ambas delas e que essa relação tenha sido prejudicada pela decisão que se pretende rescindir. Portanto, sendo o terceiro juridicamente afetado, possui legitimidade para propor a ação rescisória (NEVES, 2010, p. 735).

Assim, *“por terceiro juridicamente interessado entende-se aquele que possui interesse jurídico, e não meramente econômico, atingido pelos efeitos da decisão”* (KEMMERICH, 2006, p. 43).

Quanto ao Ministério Público, a legitimidade de que se trata o art. 487, inc. III, do CPC, está direcionada as hipóteses em que ele não tenha participado do processo originário. São duas as hipóteses: quando não foi ouvido no processo, no qual a sua participação era obrigatória e quando a decisão derivar de colusão das partes com a finalidade de fraudar a lei (NEVES, 2010, p. 735). Já quando o Ministério Público tiver participado no processo, ele terá legitimidade passiva em todas as hipóteses previstas no art. 485 do CPC (KEMMERICH, 2006, p. 43).

Acerca da legitimidade para propositura da ação rescisória, entende-se que o rol de legitimados é amplo e sem maiores formalidades, uma vez que independente de qualidade da parte, seja ela vencedora ou vencida, ou até mesmo não sendo parte, de modo a atuar apenas como fiscal, como é o caso do Ministério Público, que também terá legitimidade para ajuizar a presente ação visando desconstituir o julgamento.

No entanto, há posição doutrinária no sentido de que, quando o Ministério Público tenha participado do processo originário como fiscal da lei ele é parte no processo, porém não é parte na demanda, sendo que só terá legitimidade quando houver colusão entre as partes. Contudo, o entendimento jurisprudencial (STJ, 1ª Seção, EAR 384/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.02.2006, DJ 06.03.2006; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 935.477/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 22.05.2007, DJ 14.06.2007; Súmula 407/TST) é de que as alíneas “a” e “b” do art. 487 do CPC são meramente exemplificativas, sendo legítimo o Ministério Público para ingressar com a ação rescisória nos casos em que existir interesse público (NEVES, 2010, p. 736).

É possível o litisconsórcio (facultativo) na ação rescisória quando existir mais de um legitimado ativo (NEVES, 2010, p. 734). Apesar de doutrinas considerarem que o litisconsórcio nesse caso é unitário, Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 734) entende que o litisconsórcio necessário é aplicado somente para o pedido de julgamento realizado no juízo rescindendo. Já no caso do juízo rescisório, imagina-se que o resultado da nova decisão possa ser diverso para os litisconsortes ativos.

Mesmo em grau de ação rescisória, ainda existe divergência relativa a sua propositura, como é o caso do litisconsórcio facultativo, em que parcela da doutrina consideram o litisconsórcio como unitário e a parcela oposta rotula este como necessário, gerando assim, controvérsias inerentes a sua aplicabilidade visando a desconstituição da decisão proferida pelo juízo rescindendo.

Quanto à legitimidade passiva, apesar de não estar expressa, a doutrina e a jurisprudência entendem que podem ser réus da ação rescisória todos os sujeitos que participaram do processo originário e que não estejam propondo a ação rescisória. Na presunção de desconstituição total da decisão, o litisconsórcio passivo será necessário, pois a decisão desconstituída afetará todas as partes que figuraram no processo originário. Diante deste fato, as partes que figuraram no mesmo polo da demanda podem incorrer em polos opostos na ação rescisória (NEVES, 2010, p. 736).

Podem ser réus na ação rescisória, e no caso de litisconsórcio necessário, devem ser réus, os que juridicamente se favoreceram com os resultados da decisão rescindenda. Desse modo, podem ser réus: quem foi parte do processo, até mesmo o substituto processual; os sucessores das partes, a título universal ou singular; o substituído processualmente e; em algumas situações, o sujeito que teve uma relação jurídica alcançada por efeitos reflexos da sentença. O Ministério Público não entrará nesse rol dos legitimados passivos, caso não tenha participado do processo originário (KEMMERICH, 2006, p. 44).

O litisconsórcio passivo, com relação ao pedido rescindendo será unitário, pois não é conhecida a rescisão da decisão para alguns litisconsortes e para outros a sua conservação. Já quanto ao pedido rescisório, o litisconsórcio passivo será simples, porque na nova apreciação da decisão o resultado poderá ser diverso para os litisconsortes. O litisconsórcio, neste último caso, será simples se este também foi na ação originária (NEVES, 2010, p. 736).

Por fim, cumpre destacar que quando houver litisconsórcio necessário no processo originário o haverá também na ação rescisória (KEMMERICH, 2006, p. 54).

3.2.2 Do prazo

O prazo para ajuizar a ação rescisória é de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir (KEMMERICH, 2006, p. 63).

Este prazo está previsto no art. 495 do CPC: “*Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*” (BRASIL, 2011-E).

O trânsito em julgado refere-se a passagem de uma decisão recorrível para irrecorrível, podendo ser a coisa julgada material ou forma, porém, apenas o primeiro enseja a ação rescisória. Ele ocorre quando todos os recursos admissíveis já estiverem sido esgotados ou quando não puderem mais ser interpostos, pois ocorreu sua preclusão (KEMMERICH, 2006, p. 64).

Este entendimento encontra-se sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 401) que diz o seguinte: “*O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*” (BRASIL, 2011-G).

O momento exato em que se dá o trânsito em julgado ocorre a partir da última ocasião em que o recurso poderia ter sido protocolizado, isto é, após o encerramento do expediente forense, no mesmo dia, é a data do trânsito em julgado (KEMMERICH, 2006, p. 64).

Portanto, a data do trânsito em julgado é a do último dia do prazo para o recurso e não a do dia seguinte deste. O prazo do trânsito em julgado acaba no mesmo dia do início ou, caso o prazo termine em dia que não houver expediente forense normal, o fim do prazo se dará no primeiro dia com expediente normal (art. 184, § 1º, incs. I e II, do CPC). Em resumo, o último dia para ingressar com a ação rescisória será o de número igual ao do dia de início (KEMMERICH, 2006, p. 63). Não havendo expediente forense no último dia para o ingresso da ação rescisória, o prazo será no primeiro dia útil subsequente (NEVES, 2010, p. 738).

Cumpra salientar, que o referido prazo não se suspende e nem se interrompe, pois se trata de prazo de natureza decadencial. Contudo, quando se tratar de incapazes ele não correrá e quando o último dia não for de expediente forense normal, o prazo será prorrogado (KEMMERICH, 2006, p. 63).

Portanto, faz-se imprescindível observar que o trânsito em julgado se dará pelo decurso do prazo decadencial para a propositura de qualquer meio de impugnação da decisão, logo, esgotando-se o referido prazo, se dará o trânsito em julgado da decisão e conseqüentemente o início da contagem do prazo para a propositura da ação rescisória, visando a desconstituição do julgado. Cabe ainda salientar, que uma vez decorrido o prazo de 02 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da rescisão na qual se pretende desconstituir o julgado, extinguirá a legitimidade da parte para ajuizar a presente ação, não sendo mais possível promover a desconstituição da decisão por meio da ação em questão.

Outra questão seria o prazo em relação à coisa julgada material parcial nos casos de recurso. Existe tese doutrinária que a defende e entende que a parte da decisão o qual não foi recorrida e que transita em julgado, sendo ela de mérito, produz prontamente coisa julgada material. Dessa forma, o prazo inicial da ação rescisória se dá a partir do momento em que a parcela da decisão não foi objeto de recurso e não da última decisão prolatada no processo (NEVES, 2010, p. 737).

No entanto, esse não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual não tem admitido a tese da coisa julgada material parcial e sim, reafirmado o entendimento de que o início do prazo da ação rescisória começa a contar após a última decisão lançada no processo (REsp 781.923/DF, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 404.777/DF, Corte Especial, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. 03.12.2003, DJ 11.04.2005) (NEVES, 2010, p. 738).

3.3 Da competência

A competência para julgar a ação rescisória possui um liame relacionado ao órgão que proferiu o último julgamento de mérito no processo em questão,

relativo ao capítulo da sentença do qual se tem a pretensão de rescindir (KEMMERICH, 2006, p. 59).

Dessa forma, a ação rescisória é uma ação de competência originária de tribunal, sendo que a competência dependerá dos eventuais recursos interpostos no processo originário e da espécie da apreciação de tais recursos (NEVES, 2010, p. 736).

Conclui-se então, que a competência da ação rescisória será a do último órgão que proferiu julgamento de mérito sobre a matéria alvo de rescisão.

Não ocorrendo o recurso de apelação da sentença de mérito, compete ao tribunal de segundo grau o julgamento da ação rescisória. Ou, mesmo que o processo originário tivesse fim com o recurso de apelação, caberia ao tribunal de segundo grau a competência para processar e julgar a ação rescisória, ou seja, o próprio tribunal que julgou o recurso de apelação será competente para desconstituir seu julgamento (NEVES, 2010, p. 736).

Portanto, se a última decisão de mérito, acerca do capítulo da sentença que se pretende rescindir, tiver sido prolatada no juízo de primeiro grau, a competência será do tribunal de segundo grau. Já se a última decisão for advinda de um tribunal, a competência será deste e não de instância superior a ele (KEMMERICH, 2006, p. 59).

Sendo assim, se a última decisão proferida, sobre a matéria que se pretende rescindir, tiver sido julgada pela primeira instância, caberá a segunda instância o julgamento da ação rescisória. No entanto, se a decisão que se almeja rescindir for da segunda instância, esta será competente para o julgamento da referida ação.

Há de se ressaltar a polêmica existente quanto aos processos nos quais há interposição de recurso especial e/ou extraordinário. A regra é de que a ação rescisória só será de competência desses tribunais superiores, se os recursos tiverem sido julgados em seu mérito, ou seja, se os referidos recursos não tiverem sido admitidos (não conhecimento/recebimento), a competência será dos tribunais de segundo grau, ainda que o processo tenha estado nos tribunais superiores (NEVES, 2010, p. 737).

Merece ser destacado o entendimento consagrado pelo STF em sua Súmula 249: *“É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado*

provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida” (BRASIL, 2011-G).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar a ação rescisória, mesmo na hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário, desde que a questão federal tenha sido analisada.

A mesma regra é aplicada ao Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que o recurso especial não é conhecido com a matéria federal apreciada. Essa questão trata-se de confusão de juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento desses recursos (NEVES, 2010, p. 737).

Há também, a questão de não ser necessariamente o tribunal no qual ocorreu o trânsito em julgado da sentença rescindenda, o competente para julgar ação rescisória. O trânsito em julgado pode ter ocorrido em um tribunal no qual não tenha pronunciado a última decisão de mérito. A última decisão de mérito proferida é importante para a definição da competência, o que não o é para a definição do início do prazo para a propositura da ação rescisória (KEMMERICH, 2006, p. 62).

Por fim, há de se atentar ao fato de que, se o tribunal o qual foi proposta a ação rescisória arguir incompetência para processar e julgar a referida ação, este não deverá extinguir o feito sem julgamento de mérito e sim remetê-lo ao Tribunal competente¹⁵.

3.4 Resumo da matéria acerca da majoração do benefício acidentário desde a Lei nº 6.367/76 até a Lei nº 9.032/95: aplicação da lei no tempo

Primeiramente, compete ressaltar a definição de auxílio-acidente.

O auxílio-acidente é uma espécie de benefício concedido ao segurado como forma de indenização, após a ocorrência de lesões advindas de acidentes de

¹⁵ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL FGTS AÇÃO RESCISÓRIA COMPETÊNCIA APLICAÇÃO DO ART. 113, 2º DO CPC.

1. A competência para processar e julgar ação rescisória é do órgão prolator da última decisão de mérito.

2. Se o Tribunal, onde foi ajuizada a rescisória, conclui ser absolutamente incompetente, deve remeter os autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 113, 2º do CPC e não extinguir o feito, sem julgamento do mérito.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ, REsp 709.330/PR, Ministra Eliana Calmon, DJU 23/05/2005) (BRASIL, 2011-I).

qualquer natureza, sendo que dessas lesões devem resultar incapacidade para o trabalho habitual que desempenhava (SETTE, 2007, p. 261).

Da mesma forma dispõe Hugo Medeiros de Goes (2008, p. 164) com relação a concessão do referido benefício:

“O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidações das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (Lei 8.213/91, art. 86, caput)”.

Até a vigência da Lei nº 9.032, de 28/04/1995, o auxílio-acidente era devido somente nos caso de lesões advindas de acidentes do trabalho. Atualmente, o benefício pode ser concedido aos segurados que sofreram lesões de acidente de qualquer natureza (DUARTE, 2008, p. 270).

Pode ser beneficiário do auxílio-acidente: o segurado empregado, podendo ser urbano ou rural, exceto os empregados domésticos; o trabalhador avulso e; o segurado especial (art. 18, § 1º, da Lei nº 8.213/91¹⁶; art. 104 do Decreto 3.048/99¹⁷) (DUARTE, 2008, p. 271).

Quanto aos requisitos para a concessão do benefício, estes são: a redução da capacidade do segurado para o trabalho habitual que desempenhava; a redução da capacidade do segurado para o trabalho habitual que desempenhava, exigindo dele maior esforço físico para a função da atividade que exercia a época do acidente e; impossibilidade de exercer a função que desempenhava na época do acidente, porém, que permita ao segurado desempenhar outra função após o processo de reabilitação profissional, nos casos em que a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS receitar (SETTE, 2007, p. 262).

Com respeito à valoração do benefício de auxílio-acidente, ocorreu desde a Lei nº 6.367, de 19/10/1976 (BRASIL, 2011-C) até a nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 28/04/1995 (BRASIL, 2011-B), a majoração do referido benefício.

¹⁶Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: [...] § 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei. (BRASIL, 2011-J).

¹⁷ Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, [...]. (BRASIL, 2011-K).

A Lei nº 6.367/1976, em seu art. 6º, § 1º (BRASIL, 2011-C), prelecionava que o benefício de auxílio-acidente era de caráter vitalício, mensal e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente. Seu percentual era de 40% (quarenta por cento) do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior ao de seu salário de benefício, *in verbis*:

Art 6º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício de atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal, vitalício e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de previdência social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do Art. 5º desta lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo. (BRASIL, 2011-C).

Com o advento da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, mas precisamente em seu art. 86, § 1º (BRASIL, 2011-J), o auxílio-acidente correspondia, dependendo da gravidade das sequelas, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício (DUARTE, 2008, p. 274).

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado, quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente do trabalho, resultar seqüela que implique:

[...]

II- redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional;

[...]

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta) por cento do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício. (BRASIL, 2011-J).

Por fim, o valor do benefício de auxílio-acidente passou a ser de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, nos moldes do art. 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.032/95:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional.

§ 1º O auxílio-acidente mensal e vitalício corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do segurado.

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente

§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (BRASIL, 2011-B).

O benefício deixou de ser vitalício com a alteração do art. 86, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.213/91, pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, conforme dito anteriormente.

Sendo assim, o auxílio-acidente somente será devido até a véspera de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

O recebimento de salário ou concessão de outro benefício não prejudica a continuidade do recebimento do auxílio-acidente pelo segurado, porém não é admitida a acumulação de auxílios-acidente.

Com relação ao valor do benefício, este poderá ser inferior ao salário mínimo, pois não visa a substituição do rendimento do segurado e sim complementá-lo (DUARTE, 2007, p. 273).

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao ingressar com a ação rescisória tem por finalidade rescindir a decisão que majorou o benefício de auxílio-acidente ao patamar de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-de-benefício, a partir da entrada da Lei nº 9.032, de 28/04/1995, utilizando-se do cabimento de violação literal de disposição de lei (BRASIL, 2009-D).

O ingresso da ação rescisória se dá pelo fato de que o benefício de auxílio-acidente revisto foi concedido com base na Lei nº 6.367/1976, art. 6º, §1º ou com base na lei 8.213/91, art. 86, II e § 1º, ou seja, foram concedidos de acordo com a lei vigente na época em que se consolidaram as seqüelas, os quais, via de regra, deveriam ser mantidos (DUARTE, 2007, p. 274).

Acerca da vigência da lei no tempo, torna-se passível de constatação de que esta alcança efetividade após as formalidades legais relativas a sua

promulgação e publicação, tornando-se assim uma imposição perante a sociedade com fins de regular as situações jurídicas que se encontram sujeitas às disposições legais (BARROS; AGUIRRE, 2009, p. 22).

Com relação aos princípios da retroatividade e irretroatividade das leis, entende-se que uma determinada norma é retroativa a partir do momento em que passa a produzir normatividade sobre a norma já revogada. De outro modo, a irretroatividade possui relação não aplicável as situações jurídicas constituídas preteritamente. Torna-se importante ressaltar que os referidos princípios não são absolutos, logo, encontram-se passíveis de relatividade em face do ordenamento jurídico (BARROS; AGUIRRE, 2009, p. 24).

Nos termos legais da Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu art. 5º, inciso XXXVI e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em que dizem: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e “a Lei em vigor terá efeito imediato geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, respectivamente, são típicos exemplos de dispositivos legais em que estão presentes os princípios acima mencionados (BARROS; AGUIRRE, 2009, p. 24).

Partindo-se de outra premissa, torna-se imprescindível explanar que o disposto no referido art. 6º da LICC, com relação a entrada em vigor da Lei, afirma que esta possuirá efeito geral e imediato, observando-se o respeito ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (BARROS; AGUIRRE, 2009, p. 25).

O ato jurídico perfeito “*é aquele que já se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*” (BARROS; AGUIRRE, 2009, p. 25).

Dessa forma, o benefício concedido anteriormente a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95 não deve ser revisado, uma vez que o benefício já se consumou segundo a lei vigente na época em que foram preenchidos os requisitos para a sua concessão.

4 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA NA MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Por fim, será analisado o conflito de competência e a (não) violação do princípio do acesso à justiça, em decorrência da decisão que julgou extinto o feito sem julgamento de mérito, em virtude da declaração de incompetência do Juízo o qual foi proposto a ação rescisória referente a majoração do benefício de auxílio-acidente.

Será também estudada, a questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF, a qual pacificou o entendimento acerca da questão da majoração dos coeficientes de cálculos dos benefícios previdenciários, bem como o retorno dos autos, os quais versem sobre a matéria em questão, a seus tribunais de origem.

4.1 O conflito de competência inerente a organização judiciária

Antes de adentrar no tema do conflito de competência, ver-se-á primeiramente, em síntese, a jurisdição e competência.

4.1.1 Jurisdição e competência

A jurisdição tem seu exercício devidamente distribuído no âmbito do território nacional, sendo a Constituição Federal e a lei ordinária responsáveis pela referida distribuição. As divisões ocorrem entre os órgãos jurisdicionais presentes atualmente, sendo que estes possuem suas devidas delimitações e circunscrições, tendo cada um deles limites de atuação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 204).

Dessa forma, a competência nada mais é do que uma parte de jurisdição atribuída a cada órgão, restando cada um responsável por uma determinada parcela de litígios, os quais serão submetidos ao Poder Judiciário (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 37). Logo, a competência trata-se de uma medida de jurisdição, ou seja, a jurisdição é exercida por cada órgão obedecendo aos limites impostos pelas regras que fazem parte de sua competência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 204).

Conclui-se então, que cada órgão jurisdicional possui atribuições e limites de atuação. As grandes responsáveis pela distribuição do exercício da jurisdição foram a Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Ordinária. Prontamente, o conceito de competência nada mais é que uma medida de jurisdição, a qual é distribuída aos órgãos responsáveis, cada um com determinada competência imposta.

Quanto à divisão da função jurisdicional, esta se divide para facilitar a aplicação da própria jurisdição diante das mais diversificadas classificações de demandas, tendo por objetivo, organizar e concretizar de forma coerente e eficaz a aplicabilidade do direito, sendo cada órgão responsável por determinado tipo de demanda, excluindo-se os demais órgãos jurisdicionais, para que somente o órgão específico possa apreciar um determinado litígio, para então atuar de modo concreto (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 204).

A partir de um breve conceito de competência, é interessante fazer uma pequena apreciação acerca da incompetência absoluta.

4.1.2 Da incompetência absoluta

É o interesse público, através de sua satisfeita atuação da jurisdição, que prevalece de modo significativo na divisão de competência entre as Justiças, tais como: juízes de primeiro e segundo grau, estaduais e federais e até mesmo entre juízes do mesmo grau e do mesmo órgão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 214).

Nos casos de competência estabelecida pelo interesse público, o sistema jurídico-processual não aceita modificações decorrentes de vontade dos litigantes,

ou seja, trata-se de incompetência absoluta (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 214).

Desta feita, o interesse público, por satisfazer as expectativas de atuação da jurisdição, prepondera de maneira significativa na divisão da competência entre os órgãos jurisdicionais. No entanto, quando se falar na competência estabelecida pelo interesse público, esta não poderá ser modificada, por se tratar de incompetência absoluta, a qual será objeto de estudo a seguir.

A incompetência absoluta trata-se, portanto, de uma imperfeição em que não é passível de correção, não se sujeitando também à preclusão, sendo, porém suscetível de reconhecimento, independentemente do estágio em que se encontra o processo e em qualquer grau de jurisdição e até mesmo de ofício (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 45).

Para melhor esclarecer, a incompetência absoluta é aquela improrrogável, ou seja, não admite qualquer tipo de modificação. Já a competência relativa é prorrogável, pois aceita, dentro dos limites previstos, a sua modificação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 215).

Assim, após o início do processo perante o Poder Judiciário, sendo distribuído para um magistrado incompetente, este poderá pronunciar de ofício a incompetência absoluta, mesmo sem alegação por qualquer das partes que compõe o litígio em questão, conforme os termos legais do art. 113 do Código de Processo Civil, devendo o juiz providenciar a remessa dos autos ao Juízo competente, restando nulos todos os atos decisórios e já aplicados ao processo, devido à presença do vício de incompetência do juiz que primeiramente apreciou a causa, sendo os demais atos aproveitados pelo Juízo competente, conforme os ditames legais dos artigos 113, §2º do CPC (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 214).

Ante as definições acima expostas, conclui-se que absoluta é a competência que não é passível de qualquer modificação, mesmo que decorrente da vontade das partes, sendo a competência relativa definida pela possibilidade de modificação parcial, obedecendo a certos limites para ser devidamente modificada.

A incompetência absoluta, assim como a incompetência relativa, é dilatória, de modo que sua ocorrência e reconhecimento suscitam a remessa do feito ao órgão competente. (NEVES, 2010, p. 118).

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente. (grifo meu) (BRASIL, 2011-E).

Em alguns casos excepcionais, a incompetência absoluta adquire natureza peremptória, autorizando a extinção do processo. No que concerne à ação rescisória, Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 118) expõe o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser caso de extinção do processo a incompetência na ação rescisória, pois a competência se confundiria com o próprio objeto da ação.

Após uma breve análise de competência e incompetência absoluta, será estudado adiante, o conflito de competência.

4.1.3 Do conflito de competência

Quanto ao conflito de competência, este poderá existir em 03 (três) hipóteses, conforme dispõe o artigo 115 do CPC:

Art. 115. Há conflito de competência:

I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes;

II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes;

III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. (BRASIL, 2011-E).

Existem, no entanto, duas espécies de conflito de competência: o positivo e o negativo. O primeiro trata-se de quando dois ou mais juízes se declaram competentes para processar e julgar determinada ação. Já o segundo é o inverso, ou seja, quando todos ou mais juízes alegam-se incompetentes (NEVES, 2010, p. 159).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 52) prelecionam acerca do conflito de competência:

Assim, pode ocorrer de os órgãos possivelmente competentes para determinada causa rejeitarem essa condição, ou de mais de um órgão dar-se como competente para certa demanda, ou ainda de haver disputa, entre órgãos, a respeito da reunião e da separação de processos. Em tais casos, o impasse surgido precisa ser solucionado, e isso se dá por meio do chamado *conflito de competência*.

Sendo assim, define-se conflito de competência pela divergência que sempre versará entre mais de um órgão jurisdicional, ou seja, o conflito em questão tem por pretensão definir qual será o juízo devidamente responsável para receber um determinado tipo de demanda, incidindo assim no núcleo da estrutura jurisdicional, tendo-se ao final, a devida fixação da competência com fins de solucionar o litígio (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 52).

Portanto, o conflito de competência somente existirá a partir do instante em que dois ou mais juízes pronunciarem decisões divergentes, produzindo, dessa forma, um conflito entre eles. O conflito gera a pretensão de uma decisão, a qual irá definir o juízo competente para julgar a ação em questão.

No entanto, não se poderá falar em conflito de competência quando se tratar de hipóteses de divergência entre dois órgãos onde um é superior/ inferior hierarquicamente em relação ao outro. Neste caso, caberá ao órgão hierarquicamente superior julgar a lide (NEVES, 2010, p. 160).

Dessa forma, quando ocorrer conflito de competência entre tribunais hierarquicamente superior ou inferior, caberá ao tribunal superior processar e julgar a ação em questão. Contudo, na prática não é o que vem ocorrendo entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça, sendo que ambos acabam não decidindo o mérito da rescisória, ou seja, na prática não ocorre conforme previsto na teoria.

Ver-se-á mais adiante, o estudo acerca do conflito de competência entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça.

O conflito de competência possui natureza jurídica incidente processual, não podendo lhe ser conferido natureza recursal e nem de ação declaratória incidental (NEVES, 2010, p. 160).

Possuem legitimidade para instaurar o conflito de competência o Ministério Público, e de ofício, qualquer autoridade judicial que tenha envolvimento

com a demanda, conforme os termos legais do art. 116, *caput*, do CPC¹⁸ (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 53).

O conflito de competência sempre será examinado por um tribunal hierarquicamente superior aos tribunais que divergem entre si, independentemente da sua esfera judiciária (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 53).

Ao final, vale expor que o conflito de competência somente será passível de instauração quando estiver em debate a competência de autoridades jurisdicionais (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 54).

Portanto, cumpre ressaltar, que o conflito de competência será julgado por um tribunal superior aos tribunais que discordaram acerca da competência e que para a instauração deste conflito, será necessário que a discussão esteja acontecendo perante autoridades jurisdicionais.

4.2 A majoração do percentual de benefícios acidentários: aspectos destacados na questão da competência

O INSS arguiu, na ação rescisória, a competência do Tribunal que por último proferiu decisão de mérito nos autos para processar e julgar a ação rescisória (BRASIL, 2009-D).

Na ação rescisória nº 2009.009356-9, que por ora se estuda, o INSS declarou competente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina para julgar a ação, em virtude de o acórdão nº 2005.017612-2 ter sido a última decisão proferida em razão da matéria objeto de rescisão (BRASIL, 2009-D).

Conforme estudado anteriormente, a ação rescisória possui competência originária de tribunal, sendo que a competência ficará dependendo de eventuais recursos interpostos junto ao processo de origem, bem como da espécie em que se dará o exame destes recursos (NEVES, 2010, p. 736).

Sendo assim, na ação rescisória acima referida, utilizou-se a última decisão proferida nos autos para a escolha da competência para o processamento e

¹⁸ Art. 116. O conflito pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz. (BRASIL, 2011-E).

julgamento da lide, ou seja, a competência, em decorrência do acórdão proferido, seria do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Portanto, em síntese, cabe ao órgão prolator da última decisão de mérito, do assunto que se pretende rescindir, a competência pra julgar a ação rescisória.

No entanto, cumpre analisar quanto à questão da competência em relação à última decisão de mérito. O TJSC decidiu nos autos da ação rescisória nº 2009.009356-9, sua incompetência para julgar a ação, posto que o julgamento a ser rescindido seria o do STJ, pois o INSS ingressou com recurso especial da decisão que negou provimento ao apelo, o qual confirmou a sentença em reexame, para alterar a modificação da correção monetária aplicada na decisão. No entanto, a decisão proferida pelo STJ apenas modificou parte do mérito, ou seja, alterou apenas o critério da correção. Sendo assim, o INSS ao ingressar com a ação rescisória, pretendia a rescisão do capítulo da sentença que julgou procedente a revisão do benefício do auxílio-acidente, o qual foi examinado, por último, pelo TJSC (SANTA CATARINA, 2011-A). Desde modo, seria correta a decisão do TJSC ao declarar sua incompetência para julgar a ação rescisória, uma vez que a última decisão proferida acerca do capítulo da sentença, o qual se pretendia rescindir, era a sua?

Resta, dessa forma, transcrever a definição de Clóvis Juarez Kemmerich (2006, p. 59) sobre a competência para julgar ação rescisória: *“A competência para a ação rescisória depende do órgão que proferiu a última decisão de mérito no processo, sobre o capítulo da sentença do qual se pretende a rescisão”*.

Acerca do assunto, o STJ indeferiu a petição inicial de ação rescisória e julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, pelo fato da referida Corte não ter se pronunciado a respeito da questão central dos autos, entendendo que somente tem cabimento a rescisória quando pretende rescindir decisão de mérito, matéria, a qual não foi examinada pelo STJ (BRASIL, 2011-L).

Portanto, há a existência do conflito negativo de competência entre TJSC e o STJ, posto que ambos declaram-se incompetentes para julgar a ação rescisória. Se verá no próximo item a decisão do TJSC que se declara incompetente e extingue o feito sem julgamento de mérito, por entender ser o último julgamento de mérito o do STJ.

Por fim, conforme disposto anteriormente acerca da incompetência, há de se atentar ao fato de que, se o tribunal o qual foi proposta a ação rescisória arguir

incompetência para processar e julgar a ação rescisória, este não deverá extinguir o feito sem julgamento de mérito e sim remetê-lo ao Tribunal competente (KEMMERICH, 2006, p. 59).

Acerca do assunto, cumpre transcrever a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reza:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL FGTS AÇÃO RESCISÓRIA
COMPETÊNCIA APLICAÇÃO DO ART. 113, 2º DO CPC.

1. A competência para processar e julgar ação rescisória é do órgão prolator da última decisão de mérito.

2. Se o Tribunal, onde foi ajuizada a rescisória, conclui ser absolutamente incompetente, deve remeter os autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 113, 2º do CPC e não extinguir o feito, sem julgamento do mérito.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (grifo meu) (BRASIL, 2011-I).

No entanto, conforme se verá a seguir, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou extinto o feito sem julgamento de mérito, diante da sua incompetência para julgar a ação rescisória, pois entende que a última decisão de mérito não foi por ele proferida.

Diante disto, verifica-se um conflito de competência, pois o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se diz incompetente para julgar a ação rescisória e o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a ação rescisória proposta equivocadamente perante Tribunal incompetente, onde a competência originária é do STJ, não poderá a Corte incompetente remeter os autos ao Tribunal Superior, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

Sendo assim, a ação rescisória fica sem julgamento, pois não há um Tribunal para julgá-la. Deve-se levar em conta também, a questão de que o prazo da rescisória pode já ter se findando, não podendo o INSS ingressar novamente com a ação.

Cumprido salientar, conforme a jurisprudência acima transcrita, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no sentido de que, quando ocorrer incompetência absoluta os autos devem ser remetidos ao Tribunal competente, nos moldes do art. 113, § 2º, do CPC.

Desta feita, além do conflito de competência, tem-se também a violação do princípio do acesso à justiça, pois não está sendo proporcionado pelos órgãos jurisdicionais o ingresso da ação rescisória.

Analisar-se-á mais detalhadamente nos próximos itens, referido tema.

4.3 A jurisprudência: a matéria perante os tribunais

A decisão a seguir trata-se de um agravo regimental em ação rescisória interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra decisão que julga extinto o feito, tendo em vista a ação rescisória ter sido ajuizada perante tribunal incompetente:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA - AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE - EXTINÇÃO DO FEITO - PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO ART. 113, §2º, DO CPC, COM A REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO STJ - DESCABIMENTO AO CASO - PEDIDO O QUAL NÃO É DIRIGIDO AO STJ, MAS SIM, A RESCISÃO DO JULGADO PROFERIDO POR TRIBUNAL INCOMPETENTE - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA -AGRAVO IMPROVIDO.

- Pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, proposta a rescisória perante tribunal incompetente, torna-se incabível a remessa dos autos ao STJ, sob pena de alteração do pedido formulado na exordial. (SANTA CATARINA, 2011-B).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou, nos autos da ação rescisória proposta pelo INSS, sua incompetência para processar e julgar a ação rescisória ajuizada, diante da incompetência da Corte ante o trânsito em julgado operado no colendo Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal, diante de sua incompetência e com suporte nos julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça, acabou extinguindo o feito (SANTA CATARINA, 2011-B).

O INSS ao interpor o agravo regimental alegou que o feito não poderia ter sido extinto, pois ainda existe divergência jurisprudencial do próprio Superior Tribunal de Justiça, sendo que existem decisões do referido tribunal que não julgam extinto o feito, permitindo a remessa dos autos do Tribunal Estadual ao STJ, mesmo nos casos em que se trata a rescisória de competência originária. Além disso, alegou ainda, violação ao disposto no art. 113, § 2º, do CPC (SANTA CATARINA, 2011-B).

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente. (BRASIL, 2011-E).

Com relação à divergência jurisprudencial, o STJ já decidiu tanto pela remessa dos autos ao tribunal competente, como pela extinção do feito, conforme se verá a seguir.

Cumpra transcrever novamente, a jurisprudência onde o STJ decide pela remessa da ação rescisória ajuizada em juízo absolutamente incompetente ao Tribunal competente:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL FGTS AÇÃO RESCISÓRIA COMPETÊNCIA APLICAÇÃO DO ART. 113, 2º DO CPC.

1. A competência para processar e julgar ação rescisória é do órgão prolator da última decisão de mérito.

2. Se o Tribunal, onde foi ajuizada a rescisória, conclui ser absolutamente incompetente, deve remeter os autos ao Tribunal competente, nos termos do art. 113, 2º do CPC e não extinguir o feito, sem julgamento do mérito.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (grifo meu) (BRASIL, 2011-I).

Ver-se-á adiante, julgados do STJ em que foi decidido pela extinção do feito quanto ao ajuizamento da ação rescisória em tribunal incompetente.

Portanto, os argumentos utilizados pelo INSS foram de que ainda inexistia um entendimento uniformizado pelo STJ que inviabiliza a remessa dos autos àquela Corte de Justiça e de que referida decisão, viola o dispositivo acima transcrito.

Já, o Tribunal Estadual, fundamentou sua decisão, alegando ter sido novamente realizada uma pesquisa quanto ao entendimento do STJ acerca do assunto e que efetivamente ele entende que a ação rescisória ajuizada em lugar diferente de sua competência, deve ser julgada extinta, não devendo ser aplicado o art. 113, § 2º, do CPC, pois haverá mudança no pedido estabelecido na exordial (SANTA CATARINA, 2011-B).

Sendo assim, ao ingressar com a rescisória perante o Tribunal Estadual, pretendia o INSS a desconstituição do acórdão proferido neste. No entanto, entende o TJSC que ao declarar a incompetência, ante o feito ter transitado em julgado no STJ, não poderia o Tribunal Estadual remeter os autos ao Órgão competente, mas

sim, extingui-lo. Isto se dá, pelo fato de que, seria inviável o STJ analisar pedido de rescisão do acórdão pronunciado pelo Tribunal Estadual (SANTA CATARINA, 2011-B).

Acerca desse entendimento, afirmou o TJSC, ter a matéria sido pacificada pelo STJ no sentido de extinguir o feito. Segue abaixo a decisão do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO NO TRIBUNAL INCOMPETENTE. REMESSA DOS AUTOS A ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. SEGUIMENTO NEGADO.” (BRASIL, 2011 - M).

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – FGTS – ÚLTIMA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA POR ESTE STJ - COMPETÊNCIA – ARTIGO 113, § 2º, DO CPC.

Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal a quo, tratando-se de caso de competência originária deste STJ, não poderia aquela Corte Regional remeter os autos a este Tribunal Superior, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Inaplicável à espécie, dessarte, o disposto no art. 113, § 2º, do CPC. Agravo regimental improvido.” (grifo meu) (BRASIL, 2011 - N).

Por fim, entendeu a Corte que a decisão não viola o art. 113, § 2º, do CPC, pois a ação rescisória foi proposta de forma errônea perante o Tribunal Estadual, sendo a competência originária, para processar e julgar a ação, do STJ. Portanto, a Corte não poderia remeter o feito para Tribunal Superior, como se a ação tivesse sido direcionada para rescindir decisão lá proferida, pois o pedido realizado pelo autor, para desconstituir decisão do Tribunal Estadual, não pode ser mudado por órgão julgador diverso (SANTA CATARINA, 2011-B).

Deste modo, por votação unânime, decidiu a Corte negar provimento ao recurso e manter a decisão que extingue o feito sem julgamento de mérito (SANTA CATARINA, 2011-B).

Será feita a seguir uma análise dos julgados com relação ao conflito de competência e a violação do acesso à justiça.

Acerca da competência para julgar as ações rescisórias propostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos casos da Lei nº 9.032/95 (BRASIL, 2011-B), no que tange a majoração do percentual de benefícios previdenciários, torna-se passível de discussões, o fato de o Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

alegar em suas delimitadas competências, a incompetência para julgar tal ação e decidir pela não remessa dos autos ao Tribunal competente.

Conforme visto anteriormente, o TJSC extinguiu o feito sem julgamento de mérito, decidindo pela não remessa dos autos ao STJ, tendo em vista as decorrentes decisões deste no mesmo sentido.

Diante de todo o exposto, conclui-se que há no presente caso conflito de competência, pois a ação rescisória fica sem julgamento tanto pelo TJSC quanto pelo STJ. O primeiro por se considerar incompetente para processar e julgar a ação rescisória e o segundo por decidir pela extinção do feito e pela não remessa dos autos a sua Corte, diante do ingresso equivocado da ação rescisória perante tribunal incompetente, decretando a inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC. Cumpre ressaltar, conforme mencionado anteriormente, que existem julgados em que o STJ decide pela remessa dos autos e não pela extinção do feito, havendo, dessa forma, divergência jurisprudencial acerca do assunto.

O não recebimento por parte dos Tribunais, para processar e julgar as referidas ações gera um embate no qual fere os princípios constitucionais inerentes ao acesso à justiça, segurança jurídica, entre outros de relevante importância garantidos pela Constituição Federal de 1988, eis que, deixa a parte requerente à luz do desamparo constitucional, uma vez que o Judiciário, de forma indireta, se nega a exercer a jurisdição.

Com isto, o direito previsto na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, 2011-A) resta violado, pois o direito requerido pelo INSS não foi apreciado pelo Poder Judiciário, caracterizando de forma indireta, a negação ao acesso à justiça e o conflito de competência.

4.3.1 O controle da inafastabilidade da tutela jurisdicional

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do acesso à justiça, entre outros, assegurados pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, 2011-A), que em sua redação garante que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*”, tem por

função possibilitar que todos os cidadãos, de forma indistinta, possam intentar suas demandas perante o Judiciário.

Significa dizer então, que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é garantido pela Constituição Federal, a qual assegura a todos os cidadãos a expectativa de acesso ao Poder Judiciário, para que este então aprecie lesão ou ameaça a seu direito.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional possui dois aspectos, os quais serão estudados a seguir.

O primeiro trata-se da relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos. Com relação a este primeiro aspecto, tem-se o entendimento de que o interessado pode provocar o Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça ao seu direito, antes mesmo de procurar mecanismos possíveis na esfera administrativa para a solução do seu litígio. Portanto, não precisa necessariamente, que o interessado tenha procurado a via administrativa, para só assim, poder depois ingressar perante o Poder Judiciário (NEVES, 2010, p. 19).

Já o segundo aspecto diz respeito ao acesso à ordem jurídica justa ou também chamado de acesso à tutela jurisdicional adequada. A lição doutrinária entende que o princípio da inafastabilidade encontra-se fundado em 04 (quatro) ideais, os quais são de grande importância para se entender o aludido princípio (NEVES, 2010, p. 19).

Em primeiro lugar, o acesso ao processo deve ser expandido o máximo possível, pois as barreiras ao seu acesso devem ser mínimas, quando não inexistentes. Quando se falar em amplo acesso, este se desenvolve quando se faz referência a direitos transindividuais e acerca do aspecto econômico do litígio (NEVES, 2010, p. 21).

Sendo assim, para dar maior ênfase e celeridade ao processo judicial, deve-se promover o máximo acesso ao judiciário, visando repelir quaisquer dificuldades, de modo que estes resem insignificantes perante a eficácia pretendida na tramitação processual.

Quanto ao acesso ao Poder Judiciário daqueles que não possuem condições financeiras para ingressar com uma ação, o sistema valeu-se da assistência judiciária ampla para os “pobres”, no sentido jurídico do termo, e dos Juizados Especiais. Quanto a este último, o autor pode ingressar com a ação sem pagar às custas processuais, ao menos até prolação da sentença, uma vez que o

princípio da gratuidade facilita o acesso de muitas pessoas ao judiciário (NEVES, 2010, p. 21).

Dessa forma, pode-se dizer que houve uma grande expansão com relação ao acesso ao processo àqueles que não possuem condições financeiras para ingressar com uma ação. Exemplo disso é a assistência judiciária gratuita e os Juizados Especiais.

Além disso, existem os Juizados itinerantes instalados por alguns tribunais com a finalidade de facilitar o acesso ao judiciário daquelas pessoas que não possuem condições de se locomover até a sede do juízo, além dos trabalhos realizados pelos Defensores Públicos (NEVES, 2010, p. 21).

Sendo assim, estendido o acesso ao processo tem-se a necessidade de observar se o devido processo legal está sendo realmente efetivado, mais precisamente se está ocorrendo à concretização do contraditório e do princípio da cooperação. As partes devem ter uma ampla participação no processo e desempenhar uma eficaz influência no convencimento do juiz. Dessa forma, nada adiantaria ampliar o acesso ao processo, e não estimular e respeitar as partes na sua participação. Essa ampla participação diz respeito à utilização de um contraditório, onde as partes e o juiz têm uma comunicação frequente e intensa, a qual possa influenciar no convencimento do magistrado no momento de sua decisão (NEVES, 2010, p. 22).

A previsão constitucional de conceder a uma pessoa o direito de ação, consequentemente abrange o conceito de processo, ou seja, de participar do devido processo constitucional. Logo, não haveria uma coerência justa entre a possibilidade de acesso ao judiciário e a utilização do meio que objetiva a justiça, se ausente este último (ROCHA, 2010).

Conforme mencionado, não haveria sentido o amplo acesso ao judiciário sem o devido reconhecimento do direito litigado por meio da prestação jurisdicional, pois para que esta seja devidamente alcançada, se faz necessário promover o respectivo processo, com fins de garantir aos litigantes o devido processo legal (ROCHA, 2010).

Chega-se à conclusão, de que o amplo acesso ao processo deve garantir aos litigantes o devido processo legal, no qual está incluso o direito do contraditório, onde as partes podem expor seus argumentos e provas, com o fito de convencer o

magistrado na definição de sua decisão. Através dessas garantias, as partes podem chegar a um fim justo e desejado.

No entanto, nada adianta ampliar o acesso e consentir a ampla participação no processo, se a decisão proferida for injusta. Daí surge a terceira vigamestra, ou seja, a decisão com justiça.

Para se decidir uma causa de maneira justa, não se faz necessário concordar com um julgamento baseado nos moldes da equidade, sendo que esta se encontra reservada às delimitadas situações excepcionais, ou seja, devidamente previstas na lei. As decisões proferidas pelos magistrados, no desempenho de suas funções relativas ao Poder Judiciário, devem almejar uma interpretação justa e coerente diante das diversas possibilidades plausíveis de aplicação ao litígio em questão, ou, ainda, no mesmo sentido, ao aplicar determinada lei, devem-se levar como base os princípios constitucionais e os direitos fundamentais previstos na Lei Maior (NEVES, 2010, p. 22).

Com relação à decisão do TJSC, que julgou extinto o efeito sem julgamento de mérito diante do ingresso da ação rescisória perante tribunal incompetente, tem-se que referida decisão, dentre outras possíveis, não foi a mais justa, pois inviabilizou que a presente ação fosse processada e julgada, violando o acesso ao processo.

Levando em conta o princípio do acesso à justiça previsto na Constituição da República de 1988, deveria os autos ter sido remetido ao tribunal competente para julgamento da ação, aplicando dessa forma o expresso no art. 113, § 2º do CPC.

Por fim, não basta ter um amplo acesso, consentir a ampla participação e ter uma decisão justa, se esta não for realmente eficaz. É inaceitável, no âmbito do ideal de acesso a ordem jurídica justa, que a parte vitoriosa no processo tenha a sua decisão não efetivada. Sendo assim, a eficácia da decisão é fundamental na consolidação do fundamento constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição. (NEVES, 2010, p. 22).

Todo processo judicial possui por objeto final uma prestação jurisdicional por parte do poder Judiciário. De nada adiantaria viabilizar o acesso à justiça se ao final, a referida prestação não for devidamente alcançada. O acesso à justiça, além de conceder ao litigante o direito de demandar em Juízo, visa à obtenção concreta

da justiça, obtendo a referida prestação jurisdicional e consequentemente fazer valer o seu direito amparado pela legislação vigente.

4.4 A Questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF e a (não) violação do acesso à justiça

A questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1 do Supremo Tribunal Federal diz respeito à revisão da pensão por morte, a qual majora o coeficiente de cálculo, nos termos da alteração dada pela Lei nº 9.032/95 (BRASIL, 2011-B), contudo, o benefício em questão foi concedido antes da vigência da nova lei. Quando a esta questão a Corte decidiu pela inaplicabilidade da mudança promovida pela Lei nº 9.032/95 (BRASIL, 2011-B), pela aplicação retroativa e pela ausência de autorização em lei. *In verbis*:

EMENTA: Questão de ordem. Recurso extraordinário. 2. Previdência Social. Revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte. 3. Lei nº 9.032, de 1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. 4. Aplicação retroativa. Ausência de autorização legal. 5. Cláusula indicativa de fonte de custeio correspondente à majoração do benefício previdenciário. Ausência. 6. Jurisprudência pacificada na Corte. Regime da repercussão geral. Aplicabilidade. 7. Questão de ordem acolhida para reafirmar a jurisprudência do Tribunal e determinar a devolução aos tribunais de origem dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema, para adoção do procedimento legal. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (grifo meu) (BRASIL, 2011-O).

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual determinou que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, realizasse a revisão do benefício de pensão por morte da autora, majorando o benefício em questão ao percentual de 100%, conforme alteração dada pela Lei nº 9.032/95, com o pagamento das diferenças apuradas (BRASIL, 2011-O).

O INSS alegou, em preliminar formal e fundamentada, a questão da repercussão geral. Asseverou que se encontra presente no recurso extraordinário a existência de relevância que vai além dos interesses subjetivos da causa, pois o conflito em questão repete-se em muitas ações. Além disso, afirmou também que a

decisão que impugna é contrária ao entendimento jurisprudencial dominante na Corte (BRASIL, 2011-O).

São inúmeras as ações ingressadas na justiça com o fito de majorar os coeficientes de cálculos dos benefícios previdenciários. No presente estudo, tratar-se-á acerca da majoração do percentual do benefício de auxílio-acidente, apesar da referida questão de ordem abordar mais especificamente do benefício de pensão por morte, ela se refere também aos demais benefícios que sofreram modificação com a entrada em vigor da nova lei.

Em resumo, fundamentou que a pensão por morte foi estabelecida antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, sendo que devido às disposições previstas nesta lei o referido benefício não pode ser revisado. Expôs também que caso a revisão aconteça estar-se-ia perante de duas inevitáveis implicações: a ofensa ao ato jurídico perfeito e aplicação retroativa da lei, sem necessária autorização legal para tanto, resultando, dessa forma, em contrariedade ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988¹⁹ (BRASIL, 2011-O).

No voto a Corte firmou o entendimento sobre a referida questão de ordem, proposta pelo Senhor Ministro Presidente Gilmar Mendes, de que os benefícios previdenciários devem ajustar-se pela lei que vigorava ao tempo em que foram preenchidos os requisitos indispensáveis a sua concessão. Entenderam incidir a regra *tempus regit actum*, a sugerir o estatuto de regência ordinariamente aplicável nos casos de matéria de instituição e/ou majoração de benefício de caráter previdenciário (BRASIL, 2011-O).

Dessa forma, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os benefícios previdenciários devem permanecer de acordo com o estabelecido a lei vigente na época da concessão do benefício, ou seja, no momento em que foram preenchidos todos os requisitos necessários a sua concessão.

No mesmo sentido foi a decisão Recurso Extraordinário nº 415.454, Pleno, DJ 26/10/2007, de relatoria do Ministro Presidente Gilmar Mendes. *In verbis*:

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]. (BRASIL, 2011-A).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

[...]

4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).

[...]

6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) no 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE no 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005.

7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei no 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei no 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998.

8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.4.2005. 9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE no 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE no 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE no 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) no 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006.

10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE no 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.

[...]

15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na

forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.

16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.

17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido. (BRASIL, 2011-P).

Dessa forma, tendo em conta o teor dos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º²⁰, da Constituição Federal de 1988, as decisões que reconhecem à incidência da nova lei aos benefícios já concedidos, com o propósito de revisar os parâmetros de concessão, violam os referidos dispositivos legais (BRASIL, 2011-O).

Cumpra transcrever decisão proferida no mesmo sentido pelo Relator Ministro Cezar Peluso, acerca da questão:

EMENTA: Previdência Social. Benefício previdenciário. Pensão por morte. Aposentadoria por invalidez. Aposentadoria especial. Renda mensal. Valor. Majoração. Aplicação dos arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95, a benefício concedido ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência. Inadmissibilidade. **Violação aos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF. Recurso extraordinário provido. Precedentes do Plenário. Os arts. 44, 57, §1º, e 75 da Lei federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se aplicam aos benefícios cujos requisitos de concessão se tenham aperfeiçoado antes do início de sua vigência.** (STF, RE 470.432, Rel. Cezar Peluso, Pleno, DJ 23/03/2007; grifo meu) (BRASIL, 2011-Q).

Ainda ficou ajustado o entendimento de que a majoração dos benefícios previdenciários, além de submetida à fonte de custeio total, conforme prevê o art. 195, § 5º da Constituição Federal de 1988, também depende, para o seu autêntico amoldamento ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil, da observância do princípio da reserva da lei formal, sendo que sua ocorrência traz limitações à atividade jurisdicional do Estado (BRASIL, 2011-O).

Logo, não seria constitucionalmente possível ao Poder Judiciário, sob o argumento da isonomia, conceder a majoração dos benefícios previdenciários, pois não há previsão na lei acerca da indicação de correspondente fonte de custeio total. Caso o tribunal venha operar nesse sentido, ele estará atuando em ilegítima

²⁰ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL, 2011-A).

condição de legislador positivo, contrariando, dessa forma, o art. 2º da Constituição Federal de 1988²¹ (BRASIL, 2011-O).

Conclui-se, que a presente questão de ordem tem por finalidade a reafirmação de jurisprudência já pacificada no Supremo Tribunal Federal, ou seja, os benefícios devem ser regulados pela lei vigente à época em que foram completados os requisitos necessários à sua concessão.

Sendo assim, resta afastada a aplicação das disposições previstas na Lei nº 9.032/95 aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

O STF definiu mecanismo próprio no sentido de que aos Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização fica autorizada a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral, tais como: a retratação das decisões contrárias à jurisprudência pacificada pela Corte e a declaração de prejuízo dos recursos que atacam decisões conformes (BRASIL, 2011-O).

Por fim, ficou acordado, para efeitos da repercussão geral, que aos demais benefícios que tiveram mudança no coeficiente de cálculo dada pela Lei nº 9.032/95 deve ser também aplicada a presente decisão (BRASIL, 2011-O).

Então, restou resolvida a questão de ordem da seguinte maneira: foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional, pelo fato de haver uma relevante quantidade de processos versando sobre o mesmo tema; foi reafirmada a jurisprudência da Corte com relação à revisão da pensão por morte e dos demais benefícios, os quais não devem ser revistos com base no novo coeficiente de cálculo previsto na Lei nº 9.032/95, por terem sido concedidos em data anterior ao novo diploma legal; que sejam devolvidos os recursos que versarem sobre a mesma matéria aos seus tribunais de origem, inclusive os que ainda não foram distribuídos e também os que chegarem, podendo também ser devolvidos os feitos já distribuídos aos relatores, se assim entenderem e; que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização podem realizar a retratação das suas decisões ou inadmitir recursos extraordinários, sempre que seja constatada a presença de decisões que se possua entendimento diverso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e que forem contrárias por meio de recursos extraordinários (BRASIL, 2011-O).

²¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 2011-A).

Assim, à questão de ordem constitucional, proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi debatida em Recurso Extraordinário proposto no Supremo Tribunal Federal sob o número 597.389-1, foi decidida por unanimidade de votos, reconhecendo a devida repercussão geral analisada na presente demanda, a qual decidiu pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, tendo em vista a diversidade de processos que tramitam junto às instâncias ordinárias e especiais.

Percebe-se então, que a referida questão de ordem constitucional trata-se da inovação resguardada pela Lei 9.032/95, na qual majora o percentual de benefícios previdenciários.

Quanto à decisão da questão de ordem, ficou reafirmado o entendimento da Suprema Corte no sentido de que tal revisão resguardada pelo referido dispositivo, no que tange às revisões de benefícios concedidos antes da referida Lei nº 9.032/95, não poderão ser realizadas com base no percentual de cálculo estabelecido no referido diploma legal.

Portanto, decidiram por unanimidade, que os recursos que versam sobre o tema supracitado, deverão ser devolvidos aos seus respectivos tribunais de origem, mesmo que ainda não distribuídos na Suprema Corte.

Assim, diante da questão de ordem, a qual acolheu o entendimento de que devem os benefícios previdenciários manter o mesmo percentual definido a época em que foram preenchidos os requisitos para sua concessão e admitindo aos tribunais competentes, a realização de retratação das suas decisões ou a não aceitação dos recursos extraordinários que versarem com entendimento contrário a referida questão de ordem, os tribunais que deixaram de julgar a ação rescisória proposta pelo INSS, violaram de certa forma, ou não, o efetivo acesso à justiça.

Posto isto e tendo sido a matéria pacificada, o STJ poderia ter acolhido processado e julgando a ação rescisória, bem como o TJSC poderia ter remetido os autos a Corte Superior, prevalecendo do fundamento da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Cumprе ressaltar, que da mesma maneira em que os magistrados passaram a desempenhar suas respectivas funções visando resguardar e proteger os direitos fundamentais desenvolveu-se sistemas de limitação ao Poder Judiciário, visando impossibilitar que essas novas tarefas não sejam desempenhadas de maneira abusiva, mesmo porque o juiz, assim como qualquer outra autoridade com

respaldo de poder, também poderá vir a violar os direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2009, p.151).

No presente caso foi violado o princípio do acesso à justiça, pois a ação rescisória ficou sem um efetivo julgamento que pudesse resolver o impasse.

Ante as diversas hipóteses de acesso à justiça, seja ele por meio de controle jurisdicional indispensável ou por uma pretensão que deixou de ser apreciada e conseqüentemente satisfeita, a pretensão inerente ao processo perante o Poder Judiciário visa a real efetivação da justiça para o requerente da demanda, bem como para o requerido, uma vez que o propósito real do processo é de proporcionar aos litigantes o concreto acesso à justiça, de modo a solucionar o embate em questão, em outras palavras, almejando o “acesso à ordem jurídica justa”, denominação esta, muito utilizada por grande parte da doutrina brasileira (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 35).

Os dispositivos legais de modo geral, seja a Lei Maior e as demais leis ordinárias presentes no ordenamento jurídico brasileiro atual, bem como os processualistas mais atuais, buscam destacar um vasto rol de princípios e garantias que, combinados com os dispositivos legais, conduzem as partes à uma ordem jurídica justa. Logo, não pairam dúvidas de que o devido acesso à justiça é o núcleo de convergência relativa à oferta constitucional e legal dos referidos princípios e garantias (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 36).

O processo judicial deverá proporcionar o maior respaldo possível à admissão de litigantes e causas, de modo a gerar uma universalidade jurisdicional, garantindo a todos, independente da matéria a ser apreciada pelo Juízo, a devida atenção às normas e regras que regem o devido processo legal, visando uma efetiva e intensa participação na formação e convencimento do magistrado que irá julgar a causa, exigindo-se para tanto uma interação com proximidade entre às partes e o Juiz da causa, visando assim, a obtenção de um diálogo claro e coerente com fins de eliminar qualquer vestígio de insatisfação por parte dos litigantes em relação aos serviços prestados pelo Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 36).

Portanto, para que ocorra a efetivação do processo, deve-se dar ao cidadão que tem um direito tudo o que ele realmente tem o direito de obter. A obtenção da referida prestação jurisdicional constitui um viés voltado para a efetividade do processo, devendo ser tomado como um alerta em relação ao

entendimento que tornem medidas judiciais intimidadas ou até mesmo inúteis, restando então resquícios de injustiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p. 37).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a aplicação e a violação do princípio do acesso à justiça diante do conflito negativo de competência nas ações rescisórias pertinentes a Lei nº 9.032/95.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS tem ingressado com ação rescisória para rescindir as decisões que revisaram o coeficiente de cálculo do benefício de auxílio-acidente ao patamar de 50% (cinquenta por cento), a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, por entender que os benefícios devem ser regulados pela lei vigente ao tempo em que foram concedidos.

A decisão do TJSC, a qual julgou a ação rescisória proposta pelo INSS, ao decidir pela extinção do feito sem julgamento de mérito, em face do entendimento pacificado pelo STJ, viola de certa forma o acesso à justiça, uma vez que a presente ação ficou sem uma resposta que resolvesse a lide em questão.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inc. XXXV garante aos cidadãos que a lei não excluirá a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça ao direito.

No entanto, não foi proporcionado, tanto pelo TJSC quanto pelo STJ, o acesso à justiça e um processo justo, onde a decisão prolatada deveria ter sido a mais justa, dentre as possibilidades existentes. O TJSC ao declarar sua incompetência para processar e julgar a ação rescisória deveria ter remetido os autos ao tribunal competente, conforme disposto no art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Contudo, resolveu pela extinção do feito, tendo como base as decisões jurisprudências do STJ.

Já o STJ ao proferir pela inaplicabilidade ao caso o art. 113, § 2º, do CPC e inadmissibilidade da remessa dos autos ao órgão competente, viola o referido dispositivo de lei, bem como o acesso justo ao órgão jurisdicional, uma vez que o acesso à justiça tem por finalidade de dispor as parte à reivindicação pelos cidadãos de seus direitos e de resolver seu conflito perante o Judiciário.

Observou-se também o conflito negativo de competência entre os tribunais, ou seja, um declarou-se incompetente e o outro inadmitiu que os autos fossem remetidos para ele, em face da inaplicabilidade do art. 113, § 2º do CPC nos casos das rescisórias propostas em tribunal incompetente.

No entanto, percebe-se que na prática não ocorre conforme disposto na doutrina, pois, conforme estudado, quando ocorrer divergência entre tribunais hierarquicamente superior/inferior, caberá ao órgão superior julgar a lide, isto é, neste caso caberia ao STJ julgar a ação e não declarar a inadmissibilidade da remessa dos autos a sua Corte.

Verificou-se então, a ocorrência do conflito negativo de competência entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça, bem como a violação do acesso à justiça.

O Código de Processo Civil assegura a competência dos tribunais, ou seja, toda demanda tem seu juízo competente, porém, nos casos em que há o conflito de competência, deve-se guiar pela Lei Maior (Constituição Federal) e seus princípios constitucionais, o qual o presente estudo busca mostrar a violação dos princípios constitucionais e de sua Lei maior, almejando buscar uma solução para tais litígios.

Além disso, existe a questão acerca da última decisão que julgou o mérito. Será que se poderia rescindir uma decisão que não se trata do capítulo da sentença que se pretende rescindir por ser esta a última decisão de mérito proferida nos autos ou dever-se-ia rescindir a última decisão que julgou o referido capítulo?

Conforme estudado, entendeu-se que a competência para a ação rescisória depende do órgão que proferiu a última decisão de mérito sobre a matéria da sentença que se pretende rescindir.

Quanto à questão de ordem em recurso extraordinário nº 597.389-1/STF, concluiu-se que a Corte reafirmou seu entendimento no sentido de que os benefícios de pensão por morte e demais benefícios, no presente caso o auxílio-acidente, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, não poderão ser revisados com base no coeficiente de cálculo do novo diploma legal. Além disso, os recursos que versarem sobre a referida matéria deverão ser remetidos aos seus tribunais de origem, para que sejam processados e julgados conforme entendimento pacificado pelo STF. Autorizou o STF que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização fizessem a retratação de suas decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários. Portanto, pacificado o entendimento acerca da não revisão do coeficiente de cálculo dos benefícios de acordo com a Lei nº 9.032/95, bem poderiam os tribunais julgar as referidas ações ao invés de deixarem as partes sem a resolução do litígio.

Por fim, diante de todo o exposto, restou-se comprovado que está ocorrendo, de fato, o conflito de competência entre os tribunais, e que as decisões tomadas por estes, acerca do caso, violaram de certa forma o acesso à justiça, o qual não deveria acontecer, posto que o acesso à justiça é direito constitucional garantido a todos os cidadãos, além do merecem também, os litigantes, um julgamento justo perante o Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALMEIDA, Emerson Novaes Castanho de. **Acesso à Justiça**. 28/03/2009. In: <<http://clinicadespertar.com/NoticiaConteudo.aspx?Id=36>>. Acesso em 18 de nov. de 2010.

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078/justica-acesso-e-descesso>>. Acesso em 20 de nov. de 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Elementos do direito: direito civil**. 2ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2009.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8ª ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31274/30571>> . Acesso em: 19 de out. de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Ação Rescisória nº 2009.009356-9**. Rescindir acórdão da apelação cível nº 2005.017612-2, processo de origem nº 020.04.008662-3, Procuradora Federal Geralda Magella de Faria, 2009-D.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11/01/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2011-E.

_____. **Código Penal**, Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 13 de maio de 2011– F.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2011-A.

_____. **Decreto nº 3.048**, de 06/05/1999: Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2011– K.

_____. **Lei nº 6.367, de 19/10/1976**: Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6367.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2011-C.

_____. **Lei nº 8.213, de 24/07/1991**: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2011-J.

_____. **Lei nº 9.032, de 28/04/1995**: Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2011-B

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – FGTS – ÚLTIMA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA POR ESTE STJ - COMPETÊNCIA – ARTIGO 113, § 2º, DO CPC... **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 671.817/PR**. Caixa Econômica Federal - CEF e Adilson Fernandes de Castros e outros. Rel. Min.Franciulli Netto, DJ 01/07/2005. Disponível em:

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá (MT): Ed. UFMT, 2002.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. 6ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1ª ed., 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Acesso à justiça e tutelas de urgência**: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. In *Jurisprudência Catarinense*, nº 73, Florianópolis, 1994.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2008.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **Manual da ação rescisória em perguntas e respostas**. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência Judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTP, 1997.

NETO, Zaiden Geraige. **Ação rescisória**: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Andréa Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14788>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AÇÃO RESCISÓRIA - AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE - EXTINÇÃO DO FEITO - PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO ART. 113, §2º, DO CPC, COM A REMESSA DOS AUTOS AO COLENDO STJ - DESCABIMENTO AO CASO... Agravo Regimental em Ação Rescisória nº 2009.009356-9/0001.00**. Antonio Elibio da Silva e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. DJ 11/09/2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros>

.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2009.009356-9¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAFj6XAAC> . Acesso em: 18 de maio de 2011-B.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. DECISÃO MONOCRÁTICA. Trata-se de ação rescisória interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra Antônio Elíbio da Silva, pretendendo a rescisão de acórdão proferido, segunda...

Ação Rescisória nº 2009.009356-9. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Antonio Elíbio da Silva. Relator: Des. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. DJ 06/03/2009. Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000DKTY0000&nuSeqProcessoMv=8&tipoDocumento=D&nuDocumento=1397211>>.

Acesso em: 25 de maio de 2011-A.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça.** In FÁRIA, José Eduardo. **Direito e justiça - A função social do judiciário.** São Paulo: Editora Ática, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda?.** Curitiba: Juruá, 2008.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito previdenciário avançado.** 3. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20/12/2007, São Paulo: Malheiros: 2008.

SILVEIRA, João Carlos da. **Acesso à justiça e direitos fundamentais.** In: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24Silveira.htm>>. Acesso em: 18 de nov. 2010.

WATANABE, Kazuo. **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias:** Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: Inovações do Código de Processo Civil, Livraria do Advogado. Porto Alegre: 1997.

ANEXO

Ação Rescisória n. 2009.009356-9, de Criciúma
Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de ação rescisória interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra Antônio Elíbio da Silva, pretendendo a rescisão de acórdão proferido, segundo aponta, por este Sodalício.

É o relatório.

O presente recurso deve ser extinto, dada a manifesta incompetência deste Tribunal para processar e julgar a lide ora aforada.

Ao manusear-se os autos, depreende-se que o julgamento a ser rescindido não é o proferido por este Tribunal de Justiça Estadual, mas sim, a decisão posteriormente proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, decisão esta acostada às fls. 94/96.

Ocorre que o presente feito transitou em julgado no colendo Superior Tribunal de Justiça pois, da decisão que negou provimento ao apelo, confirmando a sentença em reexame, o INSS ingressou com Recurso Especial para que restasse alterada a modificação de correção monetária do julgado, isto porque, aplicada a taxa SELIC por este Sodalício, tese esta acolhida pelo STJ.

Depreende-se, assim, que o presente feito restou transitado em julgado em Tribunal diverso deste, isto porque, o Recurso Especial restou admitido e dele se deu provimento para, notadamente, alterar o critério de correção monetária do julgado, ou seja, parte do mérito do feito restou modificado.

Em suas fundamentações, a Mina. *Thereza de Assis Moura* apontou que entendia inaplicável, à espécie, a determinação do art. 406, do CC, sob o fundamento de que "(...) a atualização dos débitos previdenciários seja feita nos termos do art. 41 da Lei 8.213/91 e sucedâneos legais. Da mesma forma devem ser fixados os juros moratórios em 1% ao mês a partir da citação (Súmula 204/STJ)." (fl. 96).

E, em conclusão, com fulcro nas disposições do art. 557, §1º-A, do CPC, acabou por dar provimento ao recurso especial julgando-o, então, monocraticamente.

Reprize-se, houve o julgamento do recurso especial com fulcro nas disposições do art. 557, §1º-A, do CPC, ingressando-se, assim, na análise do mérito do recurso, dando-lhe provimento com base em julgados daquele Órgão Superior.

Inegável, assim, a aplicabilidade ao presente caso, mesmo que analogicamente, do conteúdo da súmula n. 249/STF, segundo o qual: *"É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida"*.

Como houve a efetiva análise de mérito por parte do STJ, considera-se que o recurso lá transitou em julgado devendo, igualmente lá, ser aforada e julgada a respectiva ação rescisória.

Levando-se em consideração que o trânsito em julgado da decisão ocorreu em face de decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, apenas a ele caberá a rescisão de seus julgados, conforme bem salienta o disposto no art. 105, I, "e", da Constituição Federal, segundo o qual: *"Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: (...) e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;"*

Competente para julgar as rescisórias de julgados do Superior Tribunal de Justiça, conforme o dispositivo constitucional acima indicado, é o próprio Superior Tribunal de Justiça, demonstrando-se manifestamente incompetente este Tribunal Estadual, para processar e julgar referida *actio*.

Ademais, oportuno salientar-se que inaplicável ao presente caso o disposto no art. 113, §2º, do CPC, isto porque, conforme entendimento sedimentado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, trata-se *in casu* de competência originária, senão veja-se:

"FGTS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 113, § 2º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DO STJ. PRECEITO CONSTITUCIONAL. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA "E". CABIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que recurso especial interposto contra acórdão que julga improcedente ação rescisória por ausência de ofensa a literal disposição de lei deve versar especificamente acerca dos pressupostos da rescisória, e não sobre a impugnação do aresto rescindendo.

2. As ações rescisórias deverão ser extintas sem julgamento do mérito, no momento em que for constatada, nas instâncias ordinárias, a competência originária do STJ.

3. Recurso não-provido." (REsp 681470/SC; Relator Ministro João Otávio de Noronha; Data do Julgamento 16.02.06).

Igualmente:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DOS PLANOS GOVERNAMENTAIS. RECURSO INTEMPESTIVO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. DECISUM RESCINDENDO. STJ. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR A RESCISÓRIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

(...)

3. Presença de questão de ordem pública relativa à competência absoluta para o julgamento da ação. Rescisória proposta perante o TRF da 4ª Região. Decisão do STJ que, embora negue seguimento ao agravo de instrumento ajuizado pela CEF, aplica o teor da Súmula nº 83/STJ e a jurisprudência dominante acerca dos índices de correção monetária a incidirem nas contas do FGTS. Pronunciamento meritório por parte deste Tribunal, sendo ele o competente para rescindir julgados seus, nos termos do art. 105 da CF. Aplicação da Súmula nº 249/STF.

4. Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal a quo, e tratando-se de caso de competência originária deste STJ, não se faz possível a remessa do § 2º do art. 113 do CPC, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito.

5. Acórdão do Tribunal a quo declarado nulo pela incompetência absoluta para apreciação da causa. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I do CPC). Recurso especial prejudicado." REsp 714580 / PR; Relator Ministro José Delgado: Data do Julgamento 24.05.05)

De forma idêntica, aliás, os seguintes precedentes: REsp 750139/SC, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, Data do Julgamento 07.03.06; AgRg no Ag 625686/PR, Relator Ministro *João Otávio de Noronha*, Data do Julgamento 16.11.04; AgRg na AR 3089/PR, rel. Min. *Denise Arruda*, DJ 02.08.2004, pg. 277; AGRA 2.010/RS, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJ de 02.09.2002 e AR 920/SP, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJ de 25.02.02.

Ora, proposta a ação rescisória equivocadamente perante este Tribunal *a quo*, por tratar-se de competência originária do colendo Superior Tribunal de Justiça, não se faz possível a aplicação do §2º, do art. 113, do CP, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito, ante o disposto no art. 490, I, do CPC, segundo o qual possibilita o presente indeferimento da petição inicial.

Assim, dada a manifesta ausência de competência deste Tribunal Estadual para processar e julgar o presente feito, isto em decorrência da aplicação do disposto no art. 105, I, 'e', da CF/88, EXTINGUE-SE a presente ação rescisória, o que se faz com fulcro nas disposições dos artigos 490, I c/c 267, I, do CPC.

Intime-se.

Florianópolis, 6 de março de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2009.009356-9/0001.00, de Criciúma
Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA -
AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE -
EXTINÇÃO DO FEITO - PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO ART.
113, §2º, DO CPC, COM A REMESSA DOS AUTOS AO
COLENDO STJ - DESCABIMENTO AO CASO - PEDIDO O
QUAL NÃO É DIRIGIDO AO STJ, MAS SIM, A RESCISÃO DO
JULGADO PROFERIDO POR TRIBUNAL INCOMPETENTE -
DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA -AGRAVO IMPROVIDO.

- Pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, proposta a rescisória perante tribunal incompetente, torna-se incabível a remessa dos autos ao STJ, sob pena de alteração do pedido formulado na exordial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2009.009356-9/0001.00, da comarca de Criciúma (Vara da Faz., Acid. de Trab. e Registros Públicos), em que é agravante Instituto Nacional do Seguro Social INSS, e agravado Antonio Elíbio da Silva:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, negar-se provimento ao agravo regimental. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental em ação rescisória interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, contra decisão proferida por este relator o qual, nos autos da ação rescisória por ele interposta contra Antônio Elíbio, acabou por declarar a incompetência deste Sodalício para processar e julgar a ação rescisória ajuizada, ante a manifesta incompetência desta Corte ante o trânsito em julgado operado no colendo Superior Tribunal de Justiça, do que, com fulcro nos julgados do próprio STJ, extinguiu-se o feito.

Argumenta o agravante que o feito não poderia ser extinto, haja vista a divergência jurisprudencial do próprio Superior Tribunal de Justiça o qual, diversamente do indicado no despacho que reconheceu a incompetência e extinguiu o feito, há julgados do STJ os quais não o extinguem, possibilitando a remessa do feito deste Tribunal Estadual ao STJ mesmo nos casos em que se trata a rescisória de

competência originária.

Ademais, dispôs acerca da violação ao art. 113, §2º, do CPC, do que, ao final, pugnou pelo final provimento do recurso com a remessa dos autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

Pugna o ora embargante pela reforma da decisão que extinguiu a ação rescisória ajuizada, afirmando, para tanto, dois argumentos. O primeiro traduzido na inexistência de uniformidade do STJ acerca da questão, e o segundo concernente a manifesta violação do art. 113, §2º, do CPC.

Todavia, em que pesem os argumentos despendidos pelo ora agravante, é de, efetivamente, manter-se a decisão extintiva proferida por este relator.

Ab initio, há de se apontar que inexistiu discussão, no presente agravo, quanto a manifesta incompetência deste Tribunal Estadual para o julgamento do feito, isto em razão da manifesta competência do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se o agravo regimental interposto, a atacar a parte do julgamento relativa a extinção do feito.

Neste desiderato, restringe-se o agravo regimental a atacar a extinção da ação rescisória, ao argumento de que, além de não ser pacífica a orientação do STJ que inviabiliza a remessa dos autos àquela Corte de Justiça, haveria a manifesta afronta ao disposto no art. 113, §2º, do CPC.

Todavia, ao novamente se fazer uma pesquisa atualizada dos entendimentos do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, efetivamente entende ele que, ajuizada a ação rescisória em lugar diverso do de sua competência, a *actio* efetivamente deverá ser extinta, não se aplicando o disposto no art. 113, §2º, do CPC, isto porque haverá manifesta alteração do pedido formulado na exordial.

Por certo que, ajuizada a ação rescisória perante este Tribunal, o pedido formulado foi para a desconstituição do acórdão aqui proferido. Todavia, ao declarar-se a incompetência pois o feito transitou em julgado no colendo STJ, não poderá este Sodalício simplesmente remeter o feito diretamente ao Órgão competente, mas sim, extinguir o feito pois, inviável a análise pelo STJ do pedido formulado, o qual consiste em pedido de rescisão do acórdão proferido pelo Tribunal Estadual, e não da decisão proferida pelo colendo STJ.

Importante que se frise que a matéria já está tão pacificada no colendo Superior Tribunal de Justiça, que já é objeto de julgamento por decisão monocrática de seus membros os quais, recentemente, assim já têm se manifestado:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO NO TRIBUNAL INCOMPETENTE. REMESSA DOS AUTOS A ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. SEGUIMENTO NEGADO." (Resp n. 653.436/DF, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 20.03.09).

No corpo de seu voto, aliás, na parte que interessa a este julgado, assim

restou consignado:

"Ocorre, porém, que neste Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de que, proposta a rescisória perante tribunal incompetente, é incabível a remessa dos autos a este Sodalício, sob pena de alteração do pedido formulado na exordial."

Igualmente, aliás, segue-se outro recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO RESCISÓRIA. ÚLTIMA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 249/STF. 1. "É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida." (Súmula 249/STF). 2. In casu, proposta a ação rescisória erroneamente perante o Tribunal a quo, uma vez que a competência para o julgamento da mesma era originária do STF, porquanto fora o órgão prolator da última decisão de mérito, não é possível a análise do presente recurso por este Sodalício, tendo em vista que o pedido de desconstituição daquele decisum não pode ser analisado por outro órgão julgador. In casu, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Precedentes desta Corte: REsp 873.894/RS (DJ de 29.05.2007); REsp 757.163/RS (DJ de 21.05.2007); AR 3240/AL (DJ de 09.02.2006); REsp 573.039/RS (DJ de 28.11.2005); AgRg no AR 3.089/DF (DJ de 02.08.2004); AR 408/DF (DJ de 12.05.2003); EDcl na AR 388/DF (DJ de 31.08.1998). 3. Recurso especial a que se nega seguimento." (Resp n. 840.707/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, j. em 21.02.08). (grifou-se).

Pacífica sim a possibilidade de extinção do feito, tanto que os precedentes citados nas razões de recurso, são datados do ano de 2005.

Por fim, há de se argumentar que inexistente afronta ao art. 113, §2º, do CPC, pois proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal Estadual, tratando-se de caso de competência originária do STJ, não poderá a Corte Regional remeter os autos ao Tribunal Superior, para que processe e julgue a ação como se fosse direcionada para rescindir a decisão lá proferida, porquanto o pedido formulado pelo autor, para desconstituir julgado desta Corte, não pode ser modificado por órgão julgador diverso, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado em 09 de setembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, José Volpato de Souza, Rui Fortes, Cesar Abreu, Cid Goulart, Jaime Ramos e Newton Janke.

Florianópolis, 11 de setembro de 2009.

Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

Superior Tribunal de Justiça

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.360 - SC (2009/0213965-2)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
AUTOR : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : GERALDA MAGELLA DE FARIA E OUTRO(S)
RÉU : JOSÉ DA SILVA MOTTA

DECISÃO

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, visando rescindir acórdão proferido pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no Ag n.º 1.033.112/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, ementado nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSÃO NA ORIGEM. AGRAVO PARA O STF. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE PEÇAS. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Assentado o acórdão recorrido em fundamentos infraconstitucional e constitucional, e, inadmitido na origem os recursos especial e extraordinário, necessária a comprovação, quando da interposição do agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, de que houve também recurso da mesma espécie dirigido ao Pretório Excelso.

2. É inviável a juntada de qualquer documento na oportunidade da interposição do agravo regimental, pois não produz o efeito de suprir a irregularidade decorrente da não-adoção dessa providência em tempo oportuno, em face da preclusão consumativa.

3. Agravo regimental desprovido." (fl. 88)

Ao que se observa dos autos, inexistente pronunciamento desta Corte a respeito da questão central dos autos, porquanto o agravo de instrumento não foi conhecido em virtude da ausência de "comprovação de que a Autarquia interpôs agravo contra a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário".

Dessa forma, a pretensão deduzida não encontra amparo no art. 485,

Superior Tribunal de Justiça

caput, do Código de Processo Civil, e na reiterada compreensão do Superior Tribunal de Justiça de que a ação rescisória somente tem cabimento quando se objetiva rescindir decisão de mérito, matéria, como visto, que não chegou a ser examinada pelo acórdão recorrido.

Vejam-se:

A-"AGRAVO EM AÇÃO RESCISÓRIA. MÉRITO NÃO APRECIADO. NÃO CABIMENTO DO PEDIDO RESCISÓRIO. Subsistentes os fundamentos da decisão agravada, nega-se provimento ao agravo."

(AgRg na AR n.º 3.441/PA, Relator o Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**, DJU de 9/8/2007.)

B-"Ação rescisória (competência). Questão federal (não-apreciação). Superior Tribunal (incompetência).

1. Assim como o Superior julga por meio do recurso especial, também julga causas mediante ação rescisória, desde que, no segundo caso, tenha, precedentemente, apreciado a questão federal controvertida.

2. Em suma, é competente o Superior se tiver enfrentado a questão federal, se bem que não tenha conhecido do recurso – especial ou agravo de instrumento.

3. Princípios das Súmulas 249 e 515/STF.

4. O Superior Tribunal não é competente para a ação rescisória quando, em seu âmbito, o recurso tenha deixado de ir para a frente por pretender simples reexame de prova.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg na AR n.º 3.522/PE, Relator o Ministro **NILSON NAVES**, DJU de 4/12/2006)

Confirmam-se, ainda, as seguintes decisões: AR n.º 4.223/SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 27/3/2009; AR n.º 4.091/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 10/11/2008; AR n.º 3.881/SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 7/10/2008 e AR n.º 4.026/RN, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 15/9/2008.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, indefiro liminarmente a petição inicial e, por conseguinte, extingo o processo sem julgamento do mérito, nos termos dos arts. 267, IV, e 295, I, do CPC, e 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 2009.

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



1969

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 157 Divulgação 20/08/2009 Publicação 21/08/2009
 Ementário nº 2370 - 9

22/04/2009

TRIBUNAL PLENO

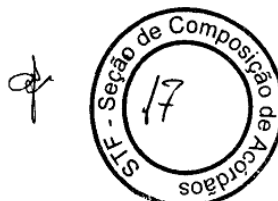
REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MINISTRO PRESIDENTE**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO(A/S) : ESTELA VILELA GONÇALVES
RECORRIDO(A/S) : MARIA DA GUIA RODRIGUES DE ALMEIDA
ADVOGADO(A/S) : IVO ARNALDO CUNHA DE OLIVEIRA NETO E OUTRO(A/S)

EMENTA: Questão de ordem. Recurso extraordinário. 2. Previdência Social. Revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte. 3. Lei nº 9.032, de 1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. 4. Aplicação retroativa. Ausência de autorização legal. 5. Cláusula indicativa de fonte de custeio correspondente à majoração do benefício previdenciário. Ausência. 6. Jurisprudência pacificada na Corte. Regime da repercussão geral. Aplicabilidade. 7. Questão de ordem acolhida para reafirmar a jurisprudência do Tribunal e determinar a devolução aos tribunais de origem dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema, para adoção do procedimento legal. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, resolver a questão de ordem proposta pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), no sentido de: **a)** que se reconheça a repercussão geral da questão constitucional aqui analisada, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; **b)** que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de



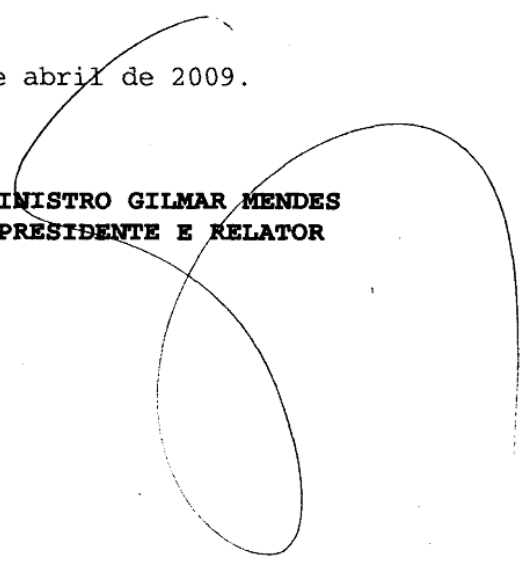
1970

RE 597.389-RG-QO / SF *Supremo Tribunal Federal*

pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) que seja provido o presente recurso extraordinário; d) que sejam devolvidos aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (artigo 328, parágrafo único, do RISTF), com a ressalva do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e e) que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização sejam autorizados à adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários, nos termos do voto do relator.

Brasília, 22 de abril de 2009.

MINISTRO GILMAR MENDES
PRESIDENTE E RELATOR



1971

Supremo Tribunal Federal

22/04/2009

TRIBUNAL PLENO

**REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO**

RELATOR : **MINISTRO PRESIDENTE**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
ADVOGADO(A/S) : ESTELA VILELA GONÇALVES
RECORRIDO(A/S) : MARIA DA GUIA RODRIGUES DE ALMEIDA
ADVOGADO(A/S) : IVO ARNALDO CUNHA DE OLIVEIRA NETO E
OUTRO(A/S)

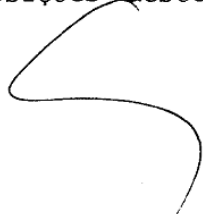
RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE):

Trago à apreciação deste Plenário, em questão de ordem, o recurso extraordinário 597.389, interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que proceda à revisão da pensão por morte da parte autora, a partir de 29.4.1995, majorando o coeficiente de cálculo para 100%, nos termos da alteração promovida pela Lei nº 9.032, de 1995, com pagamento das diferenças apuradas.

No recurso extraordinário, sustenta-se, em preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, a existência de relevância que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, na medida em que o conflito em questão repete-se em muitas ações. Ademais, afirma-se que o recurso impugna decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte.

Alega-se, em síntese, que a pensão por morte, constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser revisada tendo em vista as disposições deste diploma legal. Caso



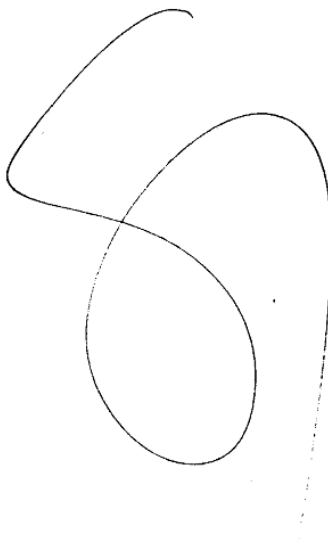
1972

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

contrário, aduz o recorrente, estar-se-ia diante de duas inevitáveis implicações: ofensa ao ato jurídico perfeito e aplicação retroativa da lei, sem necessária autorização legal para tanto, o que resulta em contrariedade ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Trago à consideração deste Plenário questão de ordem para exame da repercussão geral do tema e para eventual reafirmação da jurisprudência desta casa, com vistas à incidência dos efeitos do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature, possibly reading 'S. G.', is written in the center of the page.

1973

Supremo Tribunal Federal

REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE):

Esta questão de ordem diz respeito à aplicação do regime de repercussão geral aos recursos extraordinários nas hipóteses em que a Corte já firmou entendimento sobre a questão debatida.

É o caso da matéria trazida neste recurso extraordinário, que se refere à possibilidade da revisão de pensão por morte, constituída antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, ser realizada levando-se em consideração o novo coeficiente de cálculo nela estabelecido.

Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Entendeu incidente a regra *tempus regit actum*, a indicar o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou majoração de benefício de caráter previdenciário. Nesse sentido, o RE 416.827, Pleno, DJ 26.10.2007 e o RE 415.454, Pleno, DJ 26.10.2007, ambos de minha relatoria, este último com a seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei nº 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da

1974

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

concessão, incidia a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, caput e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a peticionária (DJ 2.9.2005).

4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).

5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido.

6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) nº 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE nº 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE nº 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005.

7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei nº 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei nº 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE nº 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) nº 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) nº 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS nº 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1ª.4.2005.

9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE nº 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE nº 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) nº 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) nº 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE nº 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006.

10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.

11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).

12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia

1975

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.

13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's nº 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005.

14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.

16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.

17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.

A decisão que prevê a incidência da lei nova aos benefícios já concedidos, para a revisão dos próprios parâmetros da concessão, viola os arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o RE 470.432, Rel. Cezar Peluso, Pleno, DJ 23.3.2007, cuja ementa assim dispõe:

EMENTA: Previdência Social. Benefício previdenciário. Pensão por morte. Aposentadoria por invalidez. Aposentadoria especial. Renda mensal. Valor. Majoração. Aplicação dos arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95, a benefício concedido ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência. Inadmissibilidade. Violação aos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF. Recurso extraordinário provido. Precedentes do Plenário. Os arts. 44, 57, §1º, e 75 da Lei federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se aplicam aos benefícios cujos requisitos de concessão se tenham aperfeiçoado antes do início de sua vigência.

No mesmo sentido, RE 470.279, Pleno, de minha relatoria, DJ 23.3.2007; RE 444.282, Pleno, Rel. Cezar Peluso, DJ 30.3.2007; RE 457.869, Pleno, Rel. Cezar Peluso, DJ 30.3.2007 e RE 509.208, Pleno, Rel. Cezar Peluso, DJ 13.4.2007.

1976

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

E ainda, o RE-AgR-ED 472.183, 1ª T, Rel. Cezar Peluso, DJe 1º.2.2008; AI-AgR 669.679, 1ª T, Rel. Cármen Lúcia, DJe 1º.2.2008; RE-AgR 461.904, 2ª T, Rel. Celso de Mello, DJe 29.8.2008 e AI-AgR 625.446, 2ª T, Rel. Celso de Mello, DJe 19.9.2008.

A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em ilegítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal. Nesse sentido, o RE-AgR 461.904, 2ª Turma, Rel. Celso de Mello, DJe 29.8.2008, cuja ementa é a seguinte:

REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA - INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - VEDAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra "tempus regit actum", que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes. - A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela

1977

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF.

No que concerne ao procedimento aplicado aos casos em que já existe jurisprudência pacificada, o Plenário desta Corte, no julgamento do RE-QO 580.108, Rel. Ellen Gracie, sessão de 11.6.2008, entendeu que as matérias já sucessivamente enfrentadas por este Tribunal podem ser trazidas pela Presidência, antes da distribuição, em questões de ordem, a fim de que se afirme de forma objetiva, e para cada uma, a aplicabilidade do regime de repercussão geral, sempre que presente a relevância sob os aspectos legais.

Com isso, o Tribunal definiu mecanismo próprio, que permite aos Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização, a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral, como a retratação das decisões em contrariedade à jurisprudência desta Corte e a declaração de prejuízo dos recursos que atacam decisões conformes (§ 3º do art. 543-B, do Código de Processo Civil).

Assim, a presente questão de ordem visa a reafirmar a jurisprudência pacificada neste Tribunal no sentido de serem os benefícios previdenciários regulados pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão, o que afasta a aplicação das disposições da Lei nº 9.032, de 1995, aos benefícios concedidos anteriormente à sua entrada em vigor.

Proponho que se assente, para os efeitos da repercussão geral, a aplicabilidade da presente decisão aos demais benefícios que, como a pensão por morte, tiveram modificação no coeficiente de cálculo, por efeito da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995.

1978

RE 597.389-RG-QO / SP *Supremo Tribunal Federal*

Ante o exposto, proponho a seguinte solução para esta questão de ordem:

a) que se reconheça a repercussão geral da questão constitucional aqui analisada, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial;

b) que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal;

c) que seja provido o presente recurso extraordinário;

d) que sejam devolvidos aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão - sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles feitos que já estão a eles distribuídos (art. 328, Parágrafo único, do RISTF); e

e) que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização sejam autorizados à adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta casa e forem contrastadas por recursos extraordinários.

É como voto.

*Supremo Tribunal Federal***1979****22/04/2009****TRIBUNAL PLENO****REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO****O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, estou de acordo, mas só queria entender uma observação feita pela eminente advogada, que Sua Excelência disse que o colendo Superior Tribunal de Justiça está cumprindo a decisão da Corte no que concerne à pensão por morte; todavia, não está cumprindo a jurisprudência que aplica esta outra no tocante aos outros benefícios. Então, na realidade, talvez fosse o caso de se examinar concretamente essa perspectiva, porque, objetivamente, tem de ser examinado esse caso.

multo

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em caso próprio.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Sim, teria que ver o caso próprio, e caberia à própria Procuradoria do INSS indicar os casos.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Porque essa solução que estamos dando aqui e agora vai apenas cristalizar essa situação. Então, ter-se-ia de ser provocado pelo INSS para examinar situação que não aquela abrangida na pensão por morte. Não teríamos condições de

multo

*Supremo Tribunal Federal***1980****RE 597.389-RG-QO / SP**

enfrentar este problema relativamente às demais contribuições ou aos demais benefícios.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - O *leading case* é exclusivamente a pensão **post mortem**. Fui voto vencido, assim também o Ministro Cezar Peluso e o Ministro Eros Grau. Nós fomos votos vencidos.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Então, é só para que a própria Procuradora do INSS faça a provocação pertinente.

22/04/2009

TRIBUNAL PLENO

REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, concordo inteiramente com o Ministro Menezes Direito - cada dificuldade no seu dia.

Agora, percebo que o processo vem à bancada não apenas para a apreciação da questão de ordem, que seria a admissibilidade, ou não, da repercussão geral. Vem aparelhado para julgamento, até mesmo com inclusão em pauta.

Acompanho Vossa Excelência reafirmando o que sustentei quando examinamos a matéria e lembro que até aventei a possibilidade de lei não majorando a pensão, mas diminuindo-a em termos de percentual. Teria aplicação às situações devidamente constituídas? A resposta é desenganadamente negativa.

Agora, só tenho uma dúvida - e devo ficar coerente com o que venho sustentando no Plenário - quanto ao destino dos processos que se encontram no Tribunal. Estabeleço a distinção: processos nos quais o recurso tenha sido interposto após a regulamentação da repercussão geral - esses devem baixar sem crivo de órgão julgante do Supremo - e processos cujos recursos foram protocolados em data anterior à regulamentação. Então, quanto a estes, não observo o instituto da repercussão geral. É o que tenho sustentado. Creio que esses processos devem ser distribuídos, se

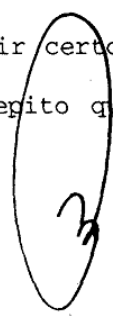
*Supremo Tribunal Federal***1982****RE 597.389-RG-QO / SP**

ainda não, o foram, para que o relator, em penada de duas linhas, liquide o recurso e determine a baixa do processo.

É a distinção que faço. Acompanho Vossa Excelência a não ser quanto ao tratamento igualitário preconizado no voto proferido.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Até fiz essa ressalva no sentido de que cada relator poderá.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Claro, poderá decidir como entender de direito em relação àqueles já distribuídos, mas, como me defronto com autorização para não se distribuir certos recursos, peço vênica para registrar o ponto de vista e repito que sou um péssimo Advogado em causa própria.



*Supremo Tribunal Federal***1983**

22/04/2009

TRIBUNAL PLENO

REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, tentei apenas ressaltar.

Acompanharei Vossa Excelência ressaltando o meu voto anterior - vencido -, tal como fez o Ministro Carlos Britto.

Y

*Supremo Tribunal Federal***1984****PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
597.389-1**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

RECTE.(S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): ESTELA VILELA GONÇALVES

RECDO.(A/S): MARIA DA GUIA RODRIGUES DE ALMEIDA

ADV.(A/S): IVO ARNALDO CUNHA DE OLIVEIRA NETO E OUTRO(A/S)

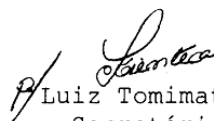
Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu a questão de ordem proposta pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), no sentido de: a) que se reconheça a repercussão geral da questão constitucional aqui analisada, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; b) que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) que seja provido o presente recurso extraordinário; d) que sejam devolvidos aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (artigo 328, parágrafo único, do RISTF), com a ressalva do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e e) que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização sejam autorizados à adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º do Código de Processo Civil, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen

*Supremo Tribunal Federal***1985**

Gracie. Falou pelo recorrente a Dra. Vanessa Mirna Barbosa Guedes do Rego. Plenário, 22.04.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário